

法政大學講義録

著者	山田 三良, 松本 蒸治, 加藤 正治, 美濃部 達吉, 上杉 慎吉, 松岡 義正, 板倉 松太郎
出版者	法政大學
巻	24
ページ	1-83
発行年	1905-06-25
URL	http://hdl.handle.net/10114/5725

(明治三十七年十一月十日第三種郵便物認可
每月三回、西曆十一月二十五日發行)

明治三十八年六月二十五日發行

三十八年度

法政大學講義錄

第二十四號

法政大學發行



0425

第二十四號目次

國際私法	(自一〇六)	法學博士 山田 三良
商法手形	(自一二三)	法學士 松本 烝治
商法海商	(自一六三)	法學博士 加藤 正治
行政法總論	(自一七五)	法學博士 美濃部 達吉
行政法各論	(自一八六)	法學士 上杉 愼吉
民事訴訟法	(自一八六)	法學士 松岡 義正
民事訴訟法	(自一八六)	法學士 板倉 松太郎
破產	(自一八六)	法學士 松岡 義正

雜報 ○清國留學生法政速成科第一回卒業證書授與式○大審院判例要旨

090
1905
1-24

婚スルト外國ニ於テスルトヲ問ハス我國ノ國籍ヲ取得スルモノナリ
(乙) 入夫婚姻 入夫婚姻ノ制度ハ諸君カ親族法ニ於テ研究セラレタル如ク我國ノ家族制度ヲ維持スル必要ヨリ存在スルモノニシテ我國ニ特別ナル制度ナリ(歐洲ニ於テハ王統維持ノ必要ヨリ女王王ニ入夫スルモ夫ハ君主ニ非ス)通常ノ場合ニ於テハ婚姻ニ因リ妻カ夫ノ家ニ入り夫ノ國籍ヲ取得スルモ入夫婚姻ノ場合ニ於テハ夫カ妻ノ家ニ入り我國籍ヲ取得スルモノトセリ蓋若其夫ニ日本人タルノ國籍ヲ取得セシメサルトキハ日本ノ家ニ入りタル夫カ尙外國人タル結果ヲ來シ其家族制度ヲ維持スルコトヲ得ナルカ故ナリ(國籍法五條二號)然レトモ如此スルトキハ外國人ノ男子カ我國籍ヲ容易ニ取得スルノ恐アルニ至ルヲ以テ立法者ハ一ノ制限ヲ設ケ外國人ヲ入夫トスル者ハ豫内務大臣ノ許可ヲ要スルコト爲セリ而シテ内務大臣ハ其外國人カ引續キ一年以上日本ニ住所又ハ居所ヲ有シ且品行端正ナル者ニ非サレハ此許可ヲ與フルコトヲ得タルモノトセリ(三一年法律二二號)

(丙) 養子 我國ノ養子ハ家族制ヲ維持スルノ必要ヨリ出ラタル我國ニ特別ナル制度ニシテ養子ハ養家ニ入り嫡出子ト同等ノ權利ヲ享有ス隨テ若外國人ヲ養子ト爲ス場合ニ於テハ其養子ニ我國籍ヲ取得セシムルニ非サレハ養子ノ目的ヲ達スルコトヲ得ス故ニ我國籍法第五條第四號ニ於テ外國人カ日本人ヲ養子ト爲リタルトキハ當然我國籍ヲ取得スルコトヲ規定セリ養子ニ付テモ亦前段ノ法律ニ依リ内務大臣ノ許可ヲ要ス

歐米諸國ニ於テハ養子ハ財產關係ノ爲ニ爲スモノニシテ國籍得喪ノ原因ト看做サルカ故ニ此點ニ付テモ亦入夫婚姻ノ場合ト同ク本國ノ國籍ヲ喪失セサル外國人カ我國籍ヲ取得シ茲ニ國籍ノ抵觸發生スルコトアルハ定ニ已ムヲ得サル所ナリトス

國際私法 國籍及國籍ノ抵觸 國籍ノ取得 傳來ノ國籍取得

(丁) 認知 私生子カ父又ハ母ノ認知ニ因テ其國籍ヲ取得スルコトハ諸國ノ法律ニ認メラルル國籍取得ノ一原因ナリ我國籍法第五條第三號モ亦之ヲ以テ國籍取得ノ一原因トセリ唯私生子ニ付テ考フヘキコトハ私生子ハ出生地主義ニ依テ其出生國ノ國籍ヲ取得スルコトアリ或ハ母ノ血統主義ニ依リ母ノ國籍ヲ取得スルコトアリ又更ニ其父ノ認知ニ因テ新國籍ヲ取得スルモノナレハ三箇ノ國籍ヲ取得スル機會アリトス故ニ可成國籍ノ低附ヲ生セシメタランカ爲メ何レノ國ニ於テモ私生子ノ認知ヲ幾何カ制限セリ我國籍法ニ於テモ其第六條ニ於テ外國人タル私生子カ認知ニ因テ日本ハタル國籍ヲ取得スルニハ左ノ條件ヲ要スルコトセリ

第一 私生子カ其本國法ニ從ヒテ尙未成年者タルコト

第二 外國人ノ妻ニ非サルコト

第三 父母ノ中先認知ヲ爲シタル者カ日本人ナルコト

第四 父母カ同時ニ認知ヲ爲シタルトキハ父カ日本人ナルコト

以上四箇ノ取得原因ハ當事者ノ意思ノ如何ニ拘ラス法律ノ規定上當然我國籍ヲ取得スルモノナリ故ニ學者ハ之ヲ法律上ノ原因ニ基ク國籍取得ト稱ス

向注意スヘキコトハ以上四箇ノ場合ニハ其原因タル法律行為(婚姻、養子縁組、私生子認知)カ有效ニ成立セルコトヲ前提トス而シテ如何ナル場合ニ此等ノ行為カ有效ニ成立スヘキヤハ法例第一三條、第一八條及第一九條ノ規定ニ依テ之ヲ定ムヘキモノトス他日之ヲ詳説スヘシ

第二款 歸化

第一項 歸化ノ意義

歸化即 Naturalisation ナル言葉ハ種種ノ意味ヲ有ス或ハ之ヲ最廣義ニ解シテ外國人カ國籍ヲ取得スル一切ノ場合ヲ包含スルモノト云フ者アリ此意味ニ於テハ外國人カ婚姻又ハ養子縁組ニ因テ國籍ヲ取得スル場合モ所謂法律ノ恩惠ニ因リ歸化人ノ妻又ハ子カ國籍ヲ取得スル場合ヲモ包含スルノミナラス領土割讓ノ結果ニ因テ割讓地住民カ國籍ヲ取得スル場合モ總テ包含スヘシ我國籍法ニ所謂歸化トハ斯ル廣キ意味ニ用ヒタル言葉ニ非シタ箇人ノ志望ニ基キ國家カ特別ノ行政處分ニ依テ我國籍ヲ許與スル場合ヲ指シナリ隨テ此意味ニ於テハ歸化ハ第一、外國人ノ任意ノ出願ヲ前提トシ第二、此出願ニ對シテ我國國家カ特別ノ處分ヲ以テ許可ヲ與フルコトニ因テ成立スルナリ此箇人ノ任意ノ出願ト國家ノ特別ノ許可トノ二要素ハ歸化カ他ノ總テノ國籍取得ノ原因ト其性質ヲ異ニスル要點ナリトス隨テ我國ニ於テハ彼ノ南米ノ二三ノ國ニ於ル如ク一定ノ年限間內國ニ住居スル者ニ對シテ國家カ強制的ニ國籍ヲ付與スル場合ハ之ヲ歸化ト稱スルコトヲ得ス又之ト反對ニ歸化ハ一定ノ條件ヲ要スルモノナレトモ其條件ヲ具備シタル場合ニ北米合衆國ノ如ク斯ル外國人ニ歸化ヲ請求スルノ權利ヲ付與スルコトハ我國籍法ノ認メサル所ナリトス

歸化ハ如此箇人ノ任意ノ出願ヲ前提トスルモノナレトモ國家ト箇人ト間ニハ申込及承諾ノ關係成立スルモノニ非ス故ニ歸化ハ契約上ノ關係若クハ箇人ト國家トノ合意ナリト説明スルコトヲ得ス歸化本來ノ性質ハ我國國家ノ國籍付與ノ許可ニ存ス隨テ他ノ行政處分ト同ク公法上ノ處分ニシテ合意ニ非サルナリ

今歸化ノ沿革ニ付テ一言セシニ古代ノ社會ニ於テハ何レノ國ニ於テモ一度其國ノ臣民タル者ハ永久臣民ナリトノ格言行レ簡人ニ妄ニ其本國ヲ去リ他國ニ歸化スルコトヲ許サザリシナリ隨テ國家カ外國人ニ對シテ國籍ヲ付與スル場合ハ概其外國人カ本國ニ對シテ政治上ノ犯罪ヲ爲シ或ハ反逆ヲ企テタルカ如キ者ノミナリシカ近世ニ至リ移住脫籍ノ自由一般ニ認メラレ何レノ國ニ於テモ簡人ハ其志望ニ從ヒ外國ニ移住シ其本國ノ國籍ヲ脫スルコトヲ認メラルルニ至リシヲ以テ且他方ニ於テハ人種ノ又ハ宗教ノ外國人排斥主義ハ漸衰ヘ外國人ト雖自國ニ住居シ自國ニ利益ナル者ナルトキハ內國臣民タルコトヲ許スモ亦可ナリトノ思想カ一般ニ普及スルニ從ヒ各國ハ皆歸化法ヲ制定シ一定ノ條件ヲ具ヘタル外國人ハ內國ノ國籍ヲ取得スルコトヲ得ルモノトスルニ至レリ我國ニ於テハ遠ク上古ニ於テ朝鮮人ノ歸化ヲ始トシテ其後支那人ノ我國ニ歸化スル者ハ數十萬人ノ多キニ達セリ然レトモ歐米諸國ノ人民ノ我國ニ歸化スルコトヲ許スニ至リタルハ極テ近年ノコトナリ之ヲ一般ニ認メタルハ現行國籍法ヲ以テ其嚆矢ト爲ス

第二項 歸化ノ條件

何レノ國ニ於テモ國家カ外國人ニ歸化ヲ許スニ當テハ一定ノ條件ヲ必要ト爲セリ即將來自國ノ國民ト爲リ自國ニ忠實ナル義務ヲ盡スヘキ意思ヲ推測スルニ足ルヘキ條件ヲ具備スルニ非サレハ國籍ヲ付與セサルヲ以テ例トス唯其條件ノ如何ニ付テハ諸國ノ國籍法ニ於テ必シモ一致スルモノニ非ス而シテ各國ニ共通ナル條件トモ謂フヘキハ即一定ノ年限間住所又ハ居所ヲ有スルコトヲ必要トスルコト、其者カ自活ヲ爲スニ足ルノ資力ヲ有スルコトヲ必要トスルコト是ナリ其他ノ條件ニ付テハ各國ノ法律各相

異レリ我國籍法第七條ニ依レハ外國人カ歸化ヲ爲スニハ左ノ五箇ノ條件ヲ具備スルコトヲ必要ト爲セリ
第一 歸化出願者カ滿二十歲以上ニシテ其本國法ニ從ヒ行爲能力ヲ有スルコト 歸化ハ元來民法上ノ法律行爲ニ非ス一ノ公法上ノ關係ナルカ故ニ斯ル關係ヲ爲スニ當テ如何ナル能力ヲ有スルコトヲ必要トスルヤハ特別ノ規定ヲ待テ始ラ定ルモノトス我國籍法ニ於テハ諸國ノ法律ト同ク一般ノ法律行爲ト同一ノ能力ヲ必要トシ其本國法ニ從ヒ能力ヲ有スルコトヲ必要ト爲セリ隨テ其本國法ニ依リ未成年者タル者又ハ禁治產者、準禁治產者タル者ハ歸化ノ出願ヲ爲スコトヲ得サルナリ且本國法ニ從ヒ能力ヲ有スル場合ニ於テモ若我民法ノ規定ニ從ヒ未タ成年ニ達セサル者ナルトキハ歸化ヲ出願スルコトヲ得サルモノトセリ是特ニ滿二十歲以上ニシテト明言セル所以ナリ

第二 五ヶ年以上引續キ我國ニ住所ヲ有スルコト
第三 品行端正ナルコト
第四 獨立ノ生計ヲ營ムニ足ルヘキ資産又ハ技能アルコト 右ニ掲タル第二第三第四ノ條件ハ殆説明ヲ俟タサル所ニシテ未我國ニ住所ヲ定メサル者ノ如キ又ハ素行不良ナル無賴ノ徒ノ如キ若クハ獨立シテ生活ヲ營ム能ハサル者ノ如キハ眞ニ我國ノ臣民ト爲ル意思アルコトヲ推測スルニ足ラサルカ又ハ我國ノ秩序ヲ害シ若クハ我國ヲシテ徒ニ費用ヲ負擔セシムル者ニシテ其歸化ヲ許スコトヲ得サルコト固ヨリ論ヲ俟タス隨テ右ノ條件ヲ必要トスルコト疑ヲ容レサルナリ 此條件ハ若我國ニ歸化シ我國ノ國籍ヲ取得スルニ拘ラス尙其本國ニ於テ國籍ヲ喪失セサルモノトスレハ茲ニ國籍ノ抵觸ヲ來スヘ

キカ故ニ斯ル困難ヲ避クルカ爲ニ此條件ヲ必要トスルナリ隨テ歸化ヲ出願スル外國人ハ其無國籍人タルコト即何レノ國籍ヲモ有セサルコトヲ證明シ或ハ其既ニ有スル外國ノ國籍ヲ歸化ニ因テ喪失スヘキコトヲ證明シ若其本國ノ法律カ斯ル國籍喪失ヲ認メサルトキハ本國官廳ヨリ其國籍ヲ脱スヘキ許可ヲ得タルコトヲ證明セサルヘカラス現今ニ於テ斯ル條件ヲ必要トスルモノハ唯瑞典及諸國等一二ノ國ニ過キスシテ此他ノ諸國ニ於テハ斯ル條件ヲ必要トセス又今日ノ文明諸國ニ於テハ前ニ述ヘタル如ク移住脫籍ノ自由ヲ認ムルカ故ニ外國ニ歸化スルヲ以テ國籍喪失ノ原因ト認メサルハナシ隨テ斯ル條件ヲ必要トセサルナリ故ニ我國ニ於テモ斯ル條件ヲ必要トスヘキヤ否ヤト云フコトハ立法上ヨリ考フレハ大ニ攻究スヘキ問題ニシテ或ハ不當ノ條件ナリト論定スルコトヲ得ヘキモノナリ何トナレハ歐米諸國ノ外國人ニ對シテ斯ル條件ヲ規定スルノ必要ナク支那人若クハ朝鮮人等ノ歸化ノ適用多キ外國人ニ對シテ若斯ル條件ヲ必要トセハ此等ノ外國人ノ將來我國ニ歸化セントスル上ニ於テ非常ノ不便ヲ被ルヘキ結果ヲ來スヘキヲ以テナリ

以上述ヘタル所ハ通常ノ外國人ニ對シテ必要ナル歸化ノ條件ナリ尙外國人ノ妻ニ對シテハ特別ノ條件アリ國籍法第八條ニ依レハ外國人ノ妻ハ夫ト共ニスルニ非サレハ歸化ヲ爲スコトヲ得スト規定セリ茲ニ夫ト共ニト謂ヘルハ夫ト獨立ニ且夫ノ歸化ヨリ先ニ妻ノミカ單獨ニ我國ニ歸化スルコトヲ許ササルノ精神ナリ隨テ夫ト同時ニ又ハ夫ノ歸化ヨリ後ニ至テ妻カ歸化スルコトヲ妨ケス且夫ト同時ニ妻カ歸化スル場合ハ夫ノ歸化ノ妻ニ及ス效果トシテ妻カ我國籍ヲ取得スルモノナリ又夫ヨリ後ニ妻カ歸化スル場合ハ國籍法第一四條ニ規定スル所ニシテ歸化ニ關スル一切ノ條件ヲ具備セサル場合ニ於テモ尙我國ニ歸化スルコトヲ得ルモノト爲セリ隨テ第八條ノ適用ハ唯妻カ夫ニ先テテ歸化スルコトヲ許ササル

ヲ謂フノミ即夫婦國籍ヲ異ニスルコトヲ避クルカ爲ナリ

尙特別ノ事情アル外國人ニ付テハ以上ニ述ヘタル五箇ノ條件ヲ必要トセサル者アリ或ハ其中ノ二三ノ條件ヲ必要トセサル者アリ此等ノ特別ノ場合ハ凡之ヲ三種ニ區別スルコトヲ得即左ノ如シ

第一 五年以上住所ヲ有セサルモ尙歸化ヲ許スヘキ場合(國籍法九條) 此場合ハ(一)父又ハ母ノ日本人タリシ者(二)妻ノ日本人タリシ者(三)日本ニ於テ生レタル者(四)引續キ十年以上日本ニ居所ヲ有スル者ノ四ニシテ其中(一)乃至(三)ニ掲ケタル者ハ現ニ我國ニ住所ヲ有スル限ハ唯三年以上日本ニ居所

ヲ有スルトキハ歸化ヲ爲スコトヲ得然レトモ(二)ニ掲ケタル者ニ付テハ其者ノ父又ハ母カ日本ニ於テ生レタル者ナルトキハ此三年以上居所ヲ有スヘキ制限ニモ從フコトヲ要セサルナリ

第二 五年以上住所ヲ有セサルモ本國法ノ能力並ニ獨立自營ノ資力ハ三條件ヲ必要トセサル場合(國籍法一〇條)

此場合ハ歸化ヲ請求スル外國人ノ父又ハ母カ現在日本人即日本ノ國籍ヲ有シ且其外國人カ現ニ我國ニ住所ヲ有スル場合ナリトス斯ル場合ニ於テハ其居住ノ年限如何ニ拘ラズ且其本國法ニ從ヒ能力ヲ有スルト否トヲ問ハス荷品行端正ニシテ我國籍取得ノ爲ニ國籍抵觸ノ恐ナキ以上ハ縱令獨立自營ノ資力ヲ有セサルモ尙我國ニ歸化スルコトヲ得ヘシ是寧我國ニ國籍ヲ有スル父又ハ母ト國籍ヲ同クセシムルヲ可トスルカ爲ナリ

第三 何等ノ條件ヲモ必要トセサル場合(國籍法一二條) 我國ニ特別ノ功勞アル外國人ハ以上ノ五條件ヲ具備セサル場合ニ於テモ特ニ歸化ヲ許可スルコトアリ但此場合ニハ內務大臣ハ其歸化ヲ許可スルニ當リ勅裁ヲ經サルヘカラス又斯ル場合ハ歐洲諸國ニ於テ所謂大歸化トシテ特別ノ取扱ヲ受クヘキ場合ナルカ故ニ我國ニ於テモ寧ろ外國人ノ我國民ト爲ルヲ希望スルノ必要ヨリシテ普通ノ歸化ノ條件ヲ

必要トセサルナリ

第三項 歸化ノ效力

歸化ノ效力ヲ述フルニ當リ第一ニ注意スヘキハ歸化ノ效力ハ唯其效力發生ノ時ヨリ將來ニ對シテノミ
效力ヲ生スルモノニシテ既往ニ遡リテ其效力ヲ生セサルコト是ナリ然ラハ歸化ノ效力ハ如何ナル時ヨ
リ發生スヘキヤト云フニ此時期ニ付テハ諸國ノ法律ハ必シモ一致セズ或ハ歸化人カ特ニ歸化國ニ忠實
ノ宣誓ヲ爲シ或ハ其本國ニ對スル服從ノ義務ヲ拋棄スヘシトノ宣誓ヲ爲シタル時ヨリ其效力ヲ發生ス
トスルモノアリ英吉利、北米合衆國、奧地利、瑞典、諸國等ハ之ニ屬ス或ハ又歸化ノ許可ヲ戶籍簿ニ登錄
シタル時ヨリ效力ヲ發生ストスル國アリ葡萄牙、西班牙ノ如キ之ニ屬ス或ハ又特別ノ大歸化ニ付テハ
之ヲ官報ニ登載シタル時ヨリ其效力ヲ發生ストスル國アリ佛蘭西、伊太利ノ如キ之ニ屬ス或ハ又歸化
ノ許可ヲ更ニ歸化人カ承諾シタル時ヨリ效力ヲ發生ストスル國アリ和蘭、白耳義ノ如キ之ニ屬ス或ハ
歸化ノ許可ヲ交付シタル時ヨリ效力ヲ發生ストスル國アリ獨逸ノ如キ是ナリ我國ニ於テハ國籍法案
ニハ歸化ハ許可ノ公布後滿二十日ヲ經過シタル時ヨリ其效力ヲ發生スヘキコトヲ規定シタルモ現行
國籍法ハ此點ニ關シ何等ノ規定ヲ設ケズ而シテ第一二條ニ依レハ「歸化ハ之ヲ官報ニ告示スルコトヲ
要ス」歸化ハ其告示アリタル後ニアラサレハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」ト規定セ
リ由是觀之如何ナル人ニモ對抗シ得ヘキ效力ヲ換言スレハ完全ナル效力ハ歸化ヲ官報ニ告示シタル時ヨ
リ發生スヘキモノナリト雖本人ニ對スル歸化ノ效力ハ內務大臣カ歸化ノ許可ヲ與ヘタル時ヨリ發生ス
ルモノト解スルカ如シ然ルニ實際ニ於テハ歸化ノ許可ハ其當日ノ官報ニ之ヲ告示スルヲ以テ例トスル

拒絕證書ヲ作成セシメタルモノハ裏書ニ依テ他人ニ手形ヲ讓渡シタル後ニ於テモ尙擔保ノ請求ヲ爲ス
コトヲ得ルコト明ナレトモ我商法ノ解釋トシテハ之ト同一ノ論決ヲ爲シ得ルヤ否ヤ即所持人カ前者
ヨリ擔保ヲ受クルニ當テハ現ニ手形ノ所持人タルコトヲ要セサルモノナリヤ否ヤニ付テハ疑ナキコト
ヲ得ス然レトモ法律カ擔保ハ引受拒絕證書ト引換ニ之ヲ供スヘシト定ムルニ由テ見ル時ハ其精神ハ拒
絶證書ヲ占有シテ之ニ依テ所持人タリ又ハ裏書人タルコトノ明瞭ナルモノハ擔保ヲ受クルノ資格アル
モノト解スルコトヲ得ヘシ

擔保ヲ供スル義務ヲ負擔スルモノハ振出人其他ノ前者ナリ唯無擔保ノ裏書人ハ擔保義務ヲ負ハス又禁
轉裏書ヲ爲シタル裏書人ハ直接ノ後者以外ノ者ニ對シテハ擔保義務ヲ負ハサルナリ(四五九條、四六〇
條)而シテ擔保權利者カ擔保義務者ニ對シテ請求ヲ爲スニ當テハ同時ニ義務者全員ニ對シテモ又ハ其
一部ニ對シテモ請求ヲ爲スコトヲ得ヘシ唯同時ニ二人以上ヨリ擔保ヲ受クルコトヲ得サルハ勿論ナリ
又任意ニ何レノ義務者ニ對シテモ請求ヲ爲シ得ルモノニシテ敢裏書ノ順序ニ依ルヲ要セサルナリ所謂
跳躍的請求(Sprungbesitz)ハ法律ノ認ムル所ナリ又義務者ノ一人ニ對シテ請求ヲ爲スニ依テ他ノ者ニ
對スル權利ヲ失フコトナシ即擔保ノ權利者ハ所謂變換權(Variationsrecht)ヲ有スルモノナリ然レトモ
此等ノ擔保義務者ハ連帶義務ヲ負フモノト見ルヲ得ス第二七三條ノ規定ハ此場合ニ適用アルモノニ非
サルナリ故ニ權利者カ請求ヲ爲スニハ其請求ヲ爲サントスル各人ニ對シテ法定ノ手續ヲ行フコトヲ要
サルモノナリ又前者ノ一人ニ對スル債務ノ危險又ハ之ヲ爲ニ生シタル時効ノ完成ハ他人ニ其效力ヲ及
サスルモノナリ民法第四三四條、第四三七條、第四三九條ノ如キハ此場合ニ適用ナキモノナリ總テ以上述
タル現象ハ手形行爲ノ獨立ニシテ互ニ相牽聯セサルコトノ結果ナリトス

第二款 擔保請求ノ條件

所持人カ擔保ヲ請求スルコトヲ得ル場合ニハ引受拒絶ノ場合ト引受人破産ノ場合トノ二場合アルコトハ前ニ言シタル所ナリ擔保請求ノ條件ハ此二ノ場合ニ依テ異ナルモノナリ

引受拒絶ノ場合ニハ法律ハ擔保ノ請求ヲ認ム蓋所持人カ引受ノ爲ニスル呈示ヲ爲スモ支拂人カ單純ナル引受ヲ爲ササルトキハ支拂ノ拒絶ニ過フト危險アルカ故ニ擔保ノ請求ヲ爲スコトヲ得セシメタルモノナリ然レトモ此場合ニハ擔保請求ヲ爲スト否トハ所持人ノ任意ナリ聞、西法ハ所持人ニ擔保請求ノ義務ヲ認メ其請求ヲ爲ササルトキハ償還請求權ヲ失フモノトセリ又葡、智法ハ償還請求權ノ喪失ノ制裁ヲ附セサレトモ擔保請求ノ義務ヲ認メタリ我法律ハ此等ノ法律ニ反シテ擔保ノ請求ヲ爲スト否トハ所持人ノ自由ニ爲スカ故ニ引受ノ拒絶アリト雖擔保ノ請求ヲ爲ササルモノ可ナリ後ニ至リ再引受ヲ求メ其拒絶ニ過ヒテ擔保ノ請求ヲ爲スヲ得ヘク又ハ支拂ヲ求メ其拒絶アリタル場合ニ於テ擔保ノ請求スルコトヲ得ヘシ

引受拒絶ノ場合ニ於ル擔保請求ノ條件ハ左ノ如シ(四七四條、四七五條)

(一) 支拂人カ引受ヲ爲ササルトキ 此ニ所謂引受ヲ爲サスト謂フハ單純ナル引受ヲ爲ササルヲ謂フ又支拂人カ引受ヲ爲ササル爲ニハ適用ニ引受ノ爲ニスル呈示ヲ爲ス必要アルハ勿論ナリ而シテ一部引受ノ場合ニハ其引受ナキ部分ニ付擔保ノ請求スルコトヲ得ヘシ

(二) 引受拒絶證書ヲ作成セシムルコト

(三) 擔保ヲ供セシメントスル者ニ對シテ遲滞ナク擔保請求ノ通知ヲ發スルコト 若遲滞ナク此通知ヲ

發セサルトキハ其拒絶證書ニ依リ擔保ノ請求ヲ爲スコトヲ得スシテ再引受ヲ求メテ拒絶證書ヲ作成セシムルコトヲ要ス然レトモ此場合ニ於テハ其拒絶證書作成ノ費用ハ一回ノミニ付テ之ヲ請求シ得ルモノト見サルヘカラス而シテ所持人カ此通知ヲ發シタルトキハ其利益ハ通知ヲ受タル者ノ後者全員ニ及フモノナリ故ニ後者ハ再其者ニ對シテ通知ヲ發スルノ必要ナキニ至ルモノナリ(四七八條二項)尙此通知ハ必シモ文書ニ依ルコトヲ要セスシテ郵便ニ依ルト執達吏ニ依ルト店人其他ノ人ヲ介スルトヲ問ハス通知ヲ受テヘキモノニ到達シ得ル方法ヲ以テ足ルトハ償還請求ノ通知ニ付テ大審院ノ判決スル所ナリ(三五年八卷二四頁)

(四) 豫備支拂人アルトキ 拒絶證書ノ作成後ニ於テ其引受ヲ求メテ其引受カ拒絶セラレタルコト及其旨ヲ拒絶證書ニ記載セシメタルコトヲ要ス(五〇〇條)

支拂人カ引受ヲ爲シタル後ニ於テ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ支拂ノ不確實ナルコトハ引受ナキ同様ナルカ故ニ法律ハ所持人ニ擔保請求權ヲ與ヘタリ獨、匈、瑞、伊、斯等ハ破産以外ニ支拂停止其他ノ場合ニ於テモ擔保請求權ヲ認メタリ引受人破産ノ場合ニ於ル擔保請求ノ條件ハ即左ノ如シ(四八〇條、四七四條乃至四七八條)

(一) 引受人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルコト 引受人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルコトヲ知リテ手形ヲ取得シタルモノハ擔保請求權ヲ拋棄シタルモノナルカ故ニ擔保請求ヲ爲スコトヲ得スト主張スル者アレトモ(グリュンフト)予ハ此說ヲ贊スルヲ得ス擔保請求權ヲ拋棄シタルモノナリヤ否ヤハ事實問題ナレハナリ

(二) 引受人カ相當ノ擔保ヲ供セサルコト

商法手形 本論 爲替手形 擔保ノ請求

(三) 引受人カ擔保ヲ供セサル旨ノ拒絶證書ヲ作成セシムルコト
 (四) 擔保ヲ供セントスル者ニ對シテ遲滞ナク擔保請求ノ通知ヲ發スルコト
 (五) 豫備支拂人アルトキハ拒絶證書作成後遲滞ナク之ニ對シテ引受人ノ破産及擔保ヲ供セサル旨ノ通知ヲ發シ且其引受ヲ求メ其豫備支拂人カ單純ナル引受ヲ爲ササルコト
 以上ハ引受人ノ破産ノ場合ニ付テ述ヘタルモノナレトモ支拂人カ引受ヲ爲スニ先チ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ハ法律ノ規定セサル所ナリ此場合ニハ先引受人ノ引受ヲ求メテ其引受ヲ得タルトキニ直ニ引受人ノ破産ニ依ル擔保ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク又引受ノ拒絶ニ遭フトキハ引受ノ拒絶ニ因ル擔保ノ請求ヲ爲スヲ得ヘシ擔保ノ請求ヲ受ケタル前者カ更ニ擔保ノ請求ヲ爲ス條件ハ左ノ如シ(四七六條、四八〇條二項)

(一) 後者ヨリ擔保請求ノ通知ヲ受ケタルコト
 (二) 擔保ヲ供セシメント欲スル者ニ對シテ遲滞ナク擔保請求ノ通知ヲ發スルコト

第三款 擔保ノ設定

擔保ノ請求ヲ受ケタル者ハ遲滞ナク引受拒絶證書ト引換ニ相當ノ擔保ヲ供スルコトヲ要スルモノナリ(四七七條)擔保セラルヘキ金額ハ所持人カ擔保ヲ請求スル場合ニ於テハ手形金額(但一部ノ引受ノ場合ニハ其殘額)及拒絶證書ノ作成擔保請求ノ通知等ノ費用トス裏書人カ擔保ヲ請求スル場合ニ於テハ其擔保スヘキ金額及費用トス(四七四條、四七六條、四八〇條)
 擔保ハ相當ノ擔保ナルトキハ質權抵當權ノ如キ物上擔保タルト保證ノ如キ對人擔保タルト問ハス又

擔保義務者ハ擔保ニ代ヘテ相當ノ金額ヲ供託スルコトヲ得ルモノナリ(四七七條但書)

第四款 擔保ノ效力

前者カ擔保ヲ供シ又ハ供託ヲ爲シタルトキハ其後者ハ全員ノ爲ニ爲シタルモノト看做スモノナリ(四七八條一項)故ニ後者ノ擔保義務ハ前者ノ擔保ヲ供スルニ依テ消滅スルモノナリ爾後後者ハ擔保ノ請求ニ應スルコトヲ要セサルナリ又既ニ供シタル擔保又ハ供託金アルトキハ之ヲ取戻スコトヲ得ルモノナリ

前者カ擔保ヲ供シ又ハ供託ヲ爲シタルトキハ其後者全員ニ對シテ之ヲ爲シタルモノト看做スモノナリ(四七八條一項)故ニ後者全員ハ其前者ニ對シテ擔保ノ請求ヲ爲シタルモノナルト否ト問ハス其擔保ニ對シテ直接ニ權利ヲ有スルニ至ルモノナリ獨逸手形法ハ設定セラレタル擔保ハ擔保請求者ニ對シテノミナラス又設定者ノ後者カ擔保ヲ請求シタルトキハ之ニ對シテモ亦負擔アルモノトス後者ハ擔保ノ種類及數量ニ付異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘキ場合ニ於テノミ其以上ノ擔保ヲ請求スルコトヲ得ト定メタリ故ニ其趣旨ハ少シク我商法ト異ナリ我商法ノ如ク後者カ擔保ヲ請求シタルト否ト問ハスシテ之ニ對シテ效力アルモノトシタルニ非ス故ニ獨逸法ノ解釋トシテハ擔保ヲ請求シタル後者ハ他ニ同シト前者ニ對シテ擔保ヲ請求シタル後者ナキトキハ任意ニ其擔保ヲ拋棄スルコトヲ得ヘキモノナレトモ我商法ノ解釋トシテハ後者ノ一人ニ供セラレタル擔保ハ當然他ノ後者ニ對シテ效力ヲ生スルモノナルカ故ニ擔保ノ請求ヲ爲シタル後者ハ擅ニ其擔保ヲ拋棄シテ他ノ後者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ザルモノト解スヘシ然レトモ我商法ノ解釋トシテモ後者ニシテ擔保ノ種類又ハ數量ニ付異議アル者ハ別ニ擔保ヲ得

ヘキモノナリ

第五款 擔保ノ消滅

擔保又ハ供託ハ次ノ場合ニ於テ效力ヲ失ヒ又ハ之ヲ取戻スコトヲ得ルモノナリ

(一) 手形金額及費用ノ支拂アリタルトキ

擔保ヲ供シ若クハ供託ヲ爲シタル者又ハ其前者カ償還ヲ爲シタルトキ 此場合ニハ擔保ハ償還義務ノ消滅ニ依リ消滅スルモノナリ故ニ擔保ヲ供シタル者ノ後者カ償還ヲ爲スモ擔保ヲ供シタル者ノ義務ハ殘存スルヲ以テ擔保ハ消滅セサルナリ

(二) 手形上ノ權利カ時効又ハ手續ノ欠缺ニ依テ消滅シタルトキ

擔保ヲ供シ又ハ供託ヲ爲シタル者カ満期日ヨリ一年內ニ償還ノ請求ヲ受ケナリシトキ 蓋此場合ハ手形上ノ權利ハ消滅セサルモノニシテ擔保ノ必要アルカ如クナレトモ永ク擔保ヲ繼續セシムルハ擔保義務者ニ對シテ酷ニ失スルカ故ニ便宜上此規定ヲ爲シタルモノナリ尙此一年ノ期間ハ時効期間ニ非シテ法定期間ナリ(四七九條二號乃至五號、四八一條三號)

(三) 此他引受ノ拒絕ニ基テ擔保ハ後日ニ至リ單純ナル引受アリタルトキハ消滅スルモノナリ(四七九條一號)又引受人ノ破産ニ基テ擔保ハ次ノ二ノ場合ニ消滅スルモノナリ

(四) 豫備支拂人カ後日ニ至リ單純ナル引受ヲ爲シタルトキ(四八一條一號)

引受人カ後日ニ至リ相當ナル擔保ヲ供シタルトキ(四八一條二號)

第六節 償還ノ請求
第一款 償還請求ノ當事者

第六節 償還ノ請求

第一款 償還請求ノ當事者

第一次ニ償還ノ請求ヲ爲スヘキ者ハ所持人ナリ第二次ニ償還ノ請求ヲ爲スヘキ者ハ償還ヲ爲シタル裏書人ナリ是等ノ償還請求者カ償還ヲ受クルニ當テハ手形支拂拒絕證書及償還計算書ト引換ニ之ヲ受クヘキモノナルカ故ニ(四九五條)是等ノ請求者ハ擔保請求ノ場合ト異ナリ單ニ拒絕證書ヲ所持スルノミヲ以テ自己ノ權利ヲ主張スルコトヲ得シテ必ヤ手形ヲ所持セサルヘカラス而シテ前ニ手形學說ヲ述フルニ當リ説明シタルカ如ク裏書人ハ償還ニ依テ再手形ヲ取得スルコトヲ法定ノ解釋條件トシテ其所持人タルノ權利ヲ失ヒタルモノナルカ故ニ裏書人カ後者ノ償還請求ニ應シテ手形ト引換ニ償還ヲ爲シタルトキハ其裏書人ハ手形ノ所持人タル地位ニ復舊シタルモノト謂フコトヲ得ヘシ故ニ之ヲ略言スレハ償還請求ノ權利ヲ有スル者ハ即手形ノ所持人ト謂フコトヲ得ヘシ

償還ノ義務ハ振出人其他ノ前者ナリ引受人ハ主タル債務者ナルカ故ニ償還義務者ニ非サルナリ法律ハ其所持人又ハ償還ヲ爲シタル裏書人ニ支拂フヘキ金額ニ付償還金額ニ關スル規定ヲ準用スルノミ(四七一條)尙償還義務ニ關スル例外ノ場合及多數ノ償還義務者ニ關スル關係ニ付テハ總テ擔保請求ニ付テ述ヘタル所ト同様ナルカ故ニ再此ニ説明セサルヘシ

第二款 償還請求ノ條件

償還ノ請求ハ手形ノ支拂ヲ爲スヘキモノカ支拂ヲ爲サナル場合ニ起ルモノニシテ支拂ヲ受ケサル所持

人ハ其前者ニ對シテ償還ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノナリ又償還ヲ爲シタル前者ハ更ニ自己ノ前者ニ對シテ償還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ故ニ償還ノ請求ニハ所持人カ之ヲ爲スモノト償還ヲ爲シタル裏書人カ之ヲ爲スモノトノ二箇ノ場合アリ今此二ノ場合ヲ分テ償還請求ノ條件ヲ説明スヘシ
所持人カ償還ノ請求ヲ爲ス爲ニハ通常ノ場合ニ於テハ次ニ述フル第一乃至第三ノ條件ヲ必要トス又特別ノ場合ニ於テハ第四ノ條件ヲ必要トスルモノナリ
第一 支拂人カ支拂ヲ爲ササルコト(四八六條、四八七條) 支拂人カ支拂ヲ爲ササル爲ニハ先支拂ハ其後二日內ニ支拂拒絶證書ヲ作ラシムルコトハ次ニ述フルカ如ク償還請求ノ一條件ニシテ支拂拒絶證書ヲ作ラシムル爲ニハ必ヤ先支拂ノ爲ニスル呈示ヲ發スルカ故ナリ而シテ此期間內ニ支拂ノ爲ニスル呈示ヲ爲シテ且支拂拒絶證書ヲ作ラシムルハ償還請求權保全ノ要件ナルカ故ニ支拂人ノ破産其他ノ理由ニ依リ支拂ナキコト確實ナルトキト雖之ヲ忘ルコトヲ得サルモノナリ佛、伊、白、西、葡法等ハ明文ヲ以テ此趣旨ヲ定ムレトモ蓋當然ノコトナリ又不可抗力ニ因テ此條件ヲ履ムコト能ハサルトキト雖償還請求權ヲ失フモノナリ佛、白、伊等ノ學說ハ特定ノ場合ニ於テ不可抗力ノ時ニ於テハ條件ヲ履ムサルヲ得ヘキコトヲ認容シ英法ノ如キハ明文ヲ以テ之ニ關スル規定ヲ爲セルモ我法律ハ獨法ノ解釋ト同シク如此場合ヲ認容セサルモノト解スルヲ正當トス唯拒絶證書作成期間ノ末日カ休日ニ當ルトキハ民法第一四四條ノ適用セラルルモノニシテ其翌日ニ於テ拒絶證書ヲ作成シ得ルモノトスルハ大審院ノ判決スル所ナリ(判決錄一〇輯二二九七頁、反對說矢部學士手形法要論三一三頁)

支拂ノ爲ニスル呈示ハ支拂人ニ對シテ爲スヲ本則トストモ他地拂手形ニ於テ支拂擔當者ノ記載アルトキハ之ニ對シテ爲スヘキモノナリ此場合ニ於テハ支拂擔當者支拂ヲ爲ササルトキハ償還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナリ(四九〇條)

第二 支拂拒絶證書ヲ作ラシムルコト(四八七條) 支拂拒絶證書ノ作成ハ償還請求ノ條件ナレトモ償還義務者ハ拒絶證書作成ノ費用ヲ免レント欲シ又ハ支拂ノ拒絶アリタルコトヲ可成隱蔽スル爲ニ支拂拒絶證書作成ノ免除ヲ爲スコトアリ又支拂擔當者ノ記載アル他地拂手形ノ引受人モ同シク其免除ヲ爲スコトアリ此場合ニ於テハ所持人ハ支拂拒絶證書ヲ作ラシムルコト雖其免除者ニ對シテハ手形上ノ權利ヲ失フコトナキナリ(四八九條二項)外國法中獨、匈、瑞、白、斯等ハ皆支拂拒絶證書作成免除ヲ認メタリ聞、佛ハ明文ナキモ學說及判例ニ於テハ之ヲ認メタリ英法ハ尙一步ヲ進メテ支拂ノ爲ニスル呈示及償還請求ノ通知ノ免除ヲ認メタリ唯伊、葡法ニ於テハ手形ニ支拂拒絶證書作成免除ヲ記載スルモ其記載ナキモノト看做セリ

以上述ヘタルカ如ク支拂拒絶證書作成ノ免除ハ法律ノ認ムル所ナレトモ其效力ハ免除者ニ對シテノミ生ヘキモノニシテ免除者以外ニ對シテ及フヘキモノニ非ス所持人ハ支拂拒絶證書ヲ作成セシムルニ非ナレハ其免除者以外ニ對シテ權利ヲ行フコトヲ得ス故ニ法律ハ所持人カ支拂拒絶證書ヲ作ラシメタルトキハ其作成ヲ免除シタルモノト雖其費用ヲ償還スルノ義務ヲ免ルルコトヲ得サルモノトセリ(四八九條)外國法中白法ニ於テハ免除者ハ拒絶證書作成ノ費用ヲ負擔セサルモノト爲シ聞、佛法ニ於ル學說亦同シ

支拂拒絶證書作成ノ免除ハ之ヲ手形ニ記載スルトキハ免除者ノ後者全員ニ對シテ其效力ヲ生スヘキモ

ノナルコトハ明ナリ此點ニ付テ獨逸高等商事裁判所ノ判決存ス然レトモ免除ニハ法律上別ニ形バノ定ナキカ故ニ手形以外ノ書面又ハ口頭ヲ以テ免除スルコトヲ得ルモノニシテ又默示ノ意思表示ヲ以テ免除ヲ得ル場合アリ總テ是等ノ場合ニ於テ免除ノ效力ハ當事者間ニ止ルモノト謂フヘキモノナリ此點ニ關シテハ獨逸高等商事裁判所及我大審院ノ判決アリ(判決錄一〇輯一五八五頁)

支拂拒絶證書作成免除ノ效力ハ拒絶證書作成免除ノミニ止ルモノナリ故ニ支拂ノ爲ニスル呈示又ハ償還請求ノ通知ヲ爲スヘキ義務ノ如キハ之カ爲ニ免除セラルルコトナキモノナリ故ニ支拂ノ爲ニスル呈示作成ノ免除アリタルトキト雖必支拂ノ爲ニスル呈示ヲ爲スヘキモノナリ然レトモ支拂ノ爲ニスル呈示ハ法律上ハ拒絶證書ノミニ依テ證明スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ其證書作成ノ免除ハ即呈示ノ事實ヲ證明スル所持人ノ舉證ノ責任ヲ免除シタルモノト見ルヲ妥當トス獨逸手形法ハ明文ヲ以テ此趣旨ヲ定メタリ我商法ニハ如此明文ナキ結果トシテ拒絶證書作成免除ノ場合ニ於テモ所持人ハ呈示ノ事實ノ證明ヲ免ルルコトヲ得ストノ大審院ノ判決アリ(判決錄八輯六卷四二頁、九輯八五三頁、矢部學士手形法要論三一九頁)然レトモ如此ハ法律カ拒絶證書作成ノ免除ヲ認メタル趣旨ヲ没却シタルモノナリ若如此解スルモノトスルコトキハ所持人ハ免除ニ依テ何等ノ利益ヲ受ケサルコト爲ルヘシ

第三 償還請求ノ通知ヲ發スルコト(四八七條) 償還請求ノ通知ハ拒絶證書作成ノ翌日迄ニ之ヲ發スルコトヲ要ス若シモ怠ルトキハ前者ニ對スル權利ヲ失フモノナリ如此法定ノ期間内ニ通知ヲ發スルコトヲ以テ償還請求權ノ保全ノ條件ト爲スハ英法ノ採用スル主義ナリ獨逸、匈、伊、斯法等ハ所持人ハ通知ヲ發スルコトヲ要スルモノ之ヲ發セサルニ依テ償還請求權ヲ失フコトナキモノトシ唯利息及費用ノ請求權ヲ失ヒ且償還義務者ノ被リタル損害ヲ賠償スヘキ義務アルモノトセリ又佛、白法等ハ償還請求權ノ

行使ニ付短期ノ時効期間ヲ定ム然レトモ通知ハ權利保全ノ要件ニ非ナルナリ又瑞法ハ通知ヲ爲スト否トヲ全然所持人ノ意思ニ任セリ

通知ハ法定ノ期間内ニ之ヲ發スルヲ以テ足ル其到達ヲ必要トセサルナリ然レトモ執達吏ニ通知傳達ノ依頼狀ヲ發シタルカ如キハ未通知ヲ發シタルモノト云フヲ得ス(判決錄一〇輯二二六四頁以下)而シテ通知ヲ發シタルコトノ舉證ノ責任ハ償還ノ請求者ニ在レトモ此證明ハ實際上甚困難ナルコト多カルヘシ獨逸手形法ハ償還請求ノ通知ハ郵便ニ依ルヘキモノトシ郵便官署ノ發信證明書アルトキハ償還請求ノ通知ヲ發シタルモノト推定スヘキモノト定メタリ

通知ハ償還請求ヲ爲サントスル前者ノ各員ニ對シテ之ヲ發スルコトヲ要ス然レトモ其通知ハ通知ヲ受タル者ノ後者全員ノ爲ニ其效力ヲ生スルモノナリ(四九六條、四七六條)獨法ニ於テハ單ニ直接ノ前者ニ對シテ通知スルヲ以テ足レリトセリ

茲ニ一ノ問題ト爲ルヘキハ拒絶證書作成ノ免除アリタル場合ニ於テ拒絶證書ヲ作成セシメサルコトキハ通知ハ何時ニ於テ之ヲ發スヘキモノナリヤノ點ニ在リ或ハ此場合ニハ通知ヲ爲スコトヲ要セスト爲シ又ハ何時ニテモ通知ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲ス者アレトモ如此ハ法律ノ精神ニ反スルモノナリ此場合ニ於テハ宜シク拒絶證書作成期間ノ最終ノ日ノ翌日迄ニ通知ヲ發スヘキモノト解スルヲ妥當トス

(大審院判決錄一〇輯一五五七頁以下、矢部學士手形法要論三二六頁)
第四 豫備支拂人又ハ參加引受人アルハ滿期日又ハ其後ノ二日內ニ之ニ對シテ手形ヲ呈示シテ支拂ヲ求ム其支拂ナキトキハ其旨ヲ支拂拒絶證書ニ記載スルコトヲ要スルモノナリ所持人カ此手續ヲ怠リタルトキハ豫備支拂人ヲ指定シタル者又ハ被參加人及其後者ニ對スル手形上ノ權利ヲ失フモノナ

リ(五〇八條)故ニ此條件ハ特定ノ場合ニ於テノミ必要ニシテ又之ヲ怠ルト雖必シモ絶對的ニ償還請求權ヲ失フモノニ非ス
 後者ニ償還ヲ爲シタル裏書人カ更ニ償還ノ請求ヲ爲スニハ次ノ二條件ヲ必要トス
 第一 後者ヨリ償還請求ノ通知ヲ受ケタル日ノ翌日迄ニ償還請求ノ通知ヲ發スルコト(四八八條)
 第二 適法ニ後者ニ對シテ償還ヲ爲シタルコト

第三款 償還ノ金額

償還ハ所持人カ支拂ヲ受ケタリシカ爲ニ被リタル損害ヲ補填スルコトヲ趣旨トスルモノナレトモ手形ノ振出又ハ裏書ヲ爲シタル前者ハ何人カ満期日ニ於ル所持人タルカヲ豫知スルコト能ハサルヲ以テ其所持人ノ異ナルニ從ヒ償還金額ニ差異アルモノトセハ前者ハ頗不安心ナル地位ニ立ツモノニシテ手形ノ流通ハ爲ニ妨害セラルヘシ故ニ法律ハ償還金額ヲ一定シテ其金額ヲ償還スルヲ以テ足レリトセリ此點ニ關スル立法例ハ殆皆一致セルモノニシテ唯其金額ノ計算方法ニ付テ小差アルノミ

第一 所持人カ請求シ得ル金額ハ即左ノ如シ(四九一條一項)

- (一) 支拂アラサリシ手形金額 一部ノ支拂アリタルトキハ其殘額ハ即支拂アラサリシ手形金額ナリ
- (二) 満期日以後ノ法定利息 此法定利息ハ年六分ナリ(二六三條四號、二七六條)
- (三) 拒絶證書作成ノ手数料其他ノ費用(四九一條一項二號) 拒絶證書作成ノ手数料ハ明治二十三年法律第五二號執達吏規則第一六條、明治十九年法律第二號公證人規則第六五條ノ規定ニ依テ定メ

ラル其他ノ費用トアルハ償還ノ請求及通知ニ必要ナル郵稅等ノ費用ヲ謂フ而シテ此等ノ費用ニハ利息ヲ附セサルモノナリ

第二 裏書人カ請求シ得ル金額ハ次ノ如シ(四九二條二項)

- (一) 自ラ支拂ヒタル金額
- (二) 支拂ノ日以後ノ法定利息
- (三) 其支出シタル費用

以上ニ於テ償還義務者カ償還スヘキ金額ヲ説明シタリ所持人カ償還ヲ請求スル場合ニ於テ償還義務者ノ住所地方支拂地ト異ナルトキハ償還義務者ハ其住所地方ニ於テ償還ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ(二七八條二項)所持人ハ前述シタル償還金額ノ支拂ヲ受クルモ手形ノ支拂地ニ於テ支拂ヲ受ケタルト同一ノ地位ニ立ツモノト謂フコトヲ得ス故ニ法律ハ如此場合ニ於テハ支拂地ヨリ償還ノ請求ヲ受クル者ノ住所地方ニ宛テ振出シタル一覽拂ノ爲替手形ノ相場ニ依テ償還金額ヲ計算スヘキモノトセリ若支拂地ニ於テ其相場ナキトキハ償還ノ請求ヲ受クルモノノ住所地方ニ最近キ地ニ宛テ振出シタル一覽拂ノ爲替手形ノ相場ニ依ルヘキモノナリ(四九一條二項)是恰後ニ説明スル償還請求ノ爲ニスル戻手形ヲ發行スルト同様ノ效果ヲ生スヘキモノナルカ故ニ之ヲ稱シテ想像的戻手形主義(System der fiktiven Rückweisungs)ト謂フ獨、匈、瑞、伊ノ外英、西、亞法ノ如キモ亦此計算方法ヲ認メタリ

右述(タル)規定ニ依ルトキハ爲替相場ハ支拂地ヲ振出地ト爲シテ償還ヲ爲スヘキ者ノ住所地方支拂地トスル一覽拂ノ爲替手形ノ相場ニ依ルヘキモノナレトモ其償還ヲ爲スヘキ者ノ住所地方ハ本手形ニ記載

セラレタル裏書地又ハ振出地ニ依ルヘキモノニ非スシテ現實ノ住所地ニ依ルヘキモノナリ獨逸帝國高等商事裁判所ハ此趣旨ノ判決ヲ爲セルコトアリ又其相場ハ支拂拒絶證書作成ノ日ノ相場ニ依ルヘキモノト解スヘシ「ベルンスタイン」ハ滿期日ノ相場ニ依ルヘキモノトスルモ非ナリ
以上所持人ノ償還請求ニ付テ想像的戻手形ノ計算方法ヲ説明シタル裏書人カ更ニ前者ニ償還ノ請求ヲ爲スニ當テモ自己ノ住所地ト前者ノ住所地ト異ナルトキハ以上述ヘタル所ト同様ノ方法ニ依テ償還金額ヲ計算スヘキモノナリ(四九二條二項)

第四款 償還ノ方法

償還ハ手形支拂拒絶證書及償還ヲ受ケル者ヲシテ償還ヲ受ケタル旨ヲ記載セシム且署名セシムタル償還計算書ト引換ニ非ナレハ之ヲ爲スコトヲ要セザルモノナリ(四九五條)而シテ償還ヲ爲シテ手形ヲ取得シタルモノハ再所持人タル地位ニ復スルモノナルヲ以テ自己ノ裏書以後ノ裏書ヲ抹消スルコトヲ得ヘキモノト謂ハサルヘカラス獨逸、英、匈、斯、瑞、伊、葡法等ハ總テ明文ヲ以テ此趣旨ヲ定メタリ
手形ノ所持人又ハ裏書人カ償還ヲ請求スルニ當テハ直接ニ其償還金額ノ取立ヲ爲サスシテ其償還ヲ爲サシムヘキ前者ヲ支拂人トシテ更ニ手形ヲ振出スコトヲ得ルモノナリ(四九三條)之ヲ稱シテ戻手形(Rückzahlung)ト謂フ戻手形ノ制度ハ獨逸、佛、匈、瑞、斯、伊、西、蘭、白法等皆之ヲ認メ英國ノ實際ニ於テモ亦之ヲ認メタリ

戻手形ナルモノハ通常ノ爲替手形ニシテ其要件效力ニ於テ毫モ特殊ノ性質ヲ有スルモノニ非ス唯次ノ二三ノ事項ニ付一言スルノ要アリ

- (一) 戻手形ノ金額ハ通常ノ場合ノ償還金額ニ戻手形ノ振出ニ依テ生シタル費用即手形ニ貼用スヘキ印紙稅、戻手形ノ割引料、周旋人ノ手数料等ヲ加ヘタルモノナラサルヘカラス償還請求者ハ此戻手形ヲ銀行其他ノ受取人ニ交付シテ其對價トシテ償還金額ヲ得サルヘカラサレハナリ
- (二) 戻手形ハ一覽拂ノ爲替手形タルヘキモノナリ(四九四條)
- (三) 戻手形ノ支拂人ハ償還ノ請求ヲ受クヘキモノタルコトヲ要シ其振出人ハ償還請求者タルヘキモノナリ
- (四) 戻手形ノ支拂地ハ償還ノ請求ヲ受クヘキ者ノ住所地タルヘタ振出地ハ所持人カ戻手形ヲ振出ストキハ本手形ノ支拂地、裏書人カ之ヲ發行スルトキハ其裏書人ノ住所地タルヘシ(四九三條、四九四條)

戻手形ハ右ニ述フルカ如ク通常ノ爲替手形ナレトモ支拂人カ其支拂ヲ爲スハ即本手形ニ付テ償還ヲ爲ス所以ナルカ故ニ支拂人ハ本手形、支拂拒絶證書及償還計算書ト引換ニ其支拂ヲ爲スヘキモノナリ故ニ戻手形ノ振出人ハ其受取人ニ對シテ此等ノ證書類ヲ交付セザルヘカラス佛、伊、白、西、葡法等ハ明文ヲ以テ此交付ノ義務ヲ定メタリ又戻手形ノ支拂人ハ單ニ其戻手形ノ支拂人タル資格ニ於テハ支拂ヲ爲スヘキ手形上ノ義務ヲ負フコトナシト雖戻手形所持人カ同時ニ本手形ノ償還請求者ノ代理人トシテ本手形、拒絶證書及償還計算書ト引換ニ其償還ヲ求ムルトキハ之ヲ支拂フ義務ヲ負フヘキモノナリ

第七節 保證

第一 手形保證ノ意義 手形保證(Wechselbürgschaft, Aval)ニ主タル手形行爲ニ依テ生シタル債務

擔保スルノ目的ヲ以テ爲サルハ從タル手形行爲ヲ謂フ

(一) 手形保証ハ主タル手形行爲ニ依リ生シタル債務ヲ擔保スルモノナリ故ニ擔保力ヲ與フルノ趣旨ニ非サル獨立ノ手形行爲例之二人カ共同シテ手形行爲ヲ爲スカ如キハ手形保証ト云フコトヲ得サルナリ

(二) 手形ノ保証ハ從タル手形行爲ナリ故ニ主タル手形行爲ノ存在ヲ前提トス主タル手形行爲ナクレハ從タル手形行爲ナシ例之主タル債務者ノ署名ナキトキハ之ニ對スル保証アルヘキ理由ナキナリ然レトモ主タル債務者ノ手形行爲ハ形式上ニ於テ存在スルヲ以テ足ルカ故ニ主タル債務者ノ署名カ偽造ナルトキ又ハ主タル債務者カ其債務ヲ取消シタル如キ場合ニ於テモ保証ハ其效力ヲ有スルモノナリ(四九七條)是亦手形行爲カ各自關聯セズ獨立シテ效力ヲ生スル一ノ例證ナリ

(三) 保証ハ手形行爲ナリ故ニ手形、其原本又ハ補箋ニ署名スルニ依リ之ヲ爲スコトヲ要スルモノナリ佛蘭白、葡法等ハ別箇ノ書面ニ依ル保証ノ手形上ノ效力ヲ認ムルモ如此ハ保証カ手形行爲タルノ本質ニ背反スルモノナリ我商法ハ獨、何、瑞、斯、伊法等ト同シク如此コトヲ認メサルナリ(四) 保証ハ一種別箇ノ手形行爲ナリ其從タル手形行爲ナリトノ趣旨ハ手形上ノ記載ニ於テ表明セラルルモノナラサルヘカラス故ニ所謂隱レタル手形保証ハ真正ノ手形ノ保証ニ非サルナリ學者或ハ此意味ニ於ル純然タル手形保証ヲ隱レタル保証ト區別シテ固有ノ意義ニ依ル手形保証又ハ公然ノ手形保証ト稱セリ隱レタル保証ハ振出、裏書、引受又ハ參加引受等ノ方法ニ依リ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ例之甲カ手形ヲ振出レタル場合ニ於テ直ニ之ヲ債權者タラシメント欲スル乙ニ交付セシメテ先丙ヲ受取人トシテ丙ヲシテ之ヲ乙ニ裏書セシムルトキハ丙ハ裏書ニ依リ甲ノ爲ニ隱レタル保証ヲ

爲シタルモノナリ即丙ハ甲ノ爲ニ裏書人タル義務ヲ負フモノナリ振出、引受、參加引受ノ方法ニ依テモ之ト同シク隱レタル保証ヲ爲シ得ルコトハ詳説ヲ俟タサル所ナルヘシ總テ此等ノ場合ニ於テハ當事者ハ保証ノ趣旨ヲ以テ手形行爲ヲ爲スモノナレトモ其手形上ノ債務者トシテ債務ヲ負フハ其手形行爲ニ依ルモノナリ詳言セハ隱レタル保証ハ第三者ニ對シテ其爲シタル手形行爲ノ種類ニ從ヒ振出人裏書人引受人又ハ參加引受人タルノ義務ヲ負フモノナリ保証ハ其手形行爲ヲ爲シタル原因ニ過キサルナリ故ニ隱レタル保証ハ手形保証ニ非サルナリ

第二 手形保証ノ方式 手形保証ハ前ニ述ヘタル如ク手形、其原本又ハ補箋ニ之ヲ爲スコトヲ要ス(四九七條)原本又ハ補箋ニ之ヲ爲スコトヲ許シタルハ裏書カ原本又ハ補箋ニ爲サレタル場合ニ於テ其裏書人ノ爲ニ保証ヘルコトアレハナリ而シテ保証ヲ爲スニハ署名ヲ必要トスルコト勿論ナリト雖其他ニ保証タルノ意義ヲ表示セサルヘカラス然レトモ其表示方法ニ付テハ制限ナキカ故ニ例之引受人ノ署名ニ副フテ署名スル場合ノ如キハ支拂人トシテ指定セラレタル者ニ非サル者ノ署名カ引受ニ非サルコトハ明ナルヘク別ニ保証ノ意味ノ明ナル表示ナキトキニ於テモ引受人ノ爲ニ保証ヲ爲シタルモノト見ルコトヲ得ヘシ獨逸帝國高等商事裁判所ハ如此場合ヲ認メタル判決アリ又何人ノ爲ニ保証ヲ爲スノ趣旨ナルコトモ之ヲ表示スヘキモノナレトモ若何人ノ爲ニ保証ヲ爲シタルカ分明ナラサルトキハ其保証ハ引受人ノ爲ニ之ヲ爲シタルモノト看做サルナリ又未引受アラサル間ハ振出人ノ爲ニ之ヲ爲シタルモノト看做サルナリ(四九八條)是所持人ノ權利ヲ可成確實ナラシムル爲ニ設ケタル便宜規定ニシテ理論上如此看做スヘキ理由アルニ非サルナリ何、伊、葡法等ハ之ト同様ナル規定ヲ爲セリ

第三 保証人ノ責任 保証人ハ主タル債務カ無効ナルトキト雖主タル債務者ト同一ノ責任ヲ負フモノ

ナリ、(四九七條)其債務ノ範圍ハ總テ主タル債務ノ範圍ト同一ナリ(大審院判決錄一〇輯三〇一頁以下)又保證人ハ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔スルモノナリ(二六三條四號、二七三條一項)故ニ保證人ハ檢案ノ利益分別ノ利益ノ如キハ之ヲ有セサルナリ獨、佛其他多數ノ諸國法ハ明文ヲ以テ保證人ノ連帶責任ヲ定メタリ

保證人ノ債務ハ從タル債務ナルカ故ニ主タル債務カ辨濟、時効、手續ノ欠缺等ノ原因ニ因テ消滅ニ歸スヘキトキハ之ニ伴ヒテ消滅スヘキコト當然ナリ又反對ニ所持人カ主タル債務者ニ對シテ其權利ノ保證ニ必要ナル行爲ヲ爲シタルトキハ其效力ハ當然保證人ニ及フモノニシテ別ニ保證人ニ對シテ同一ノ手續ヲ履ムノ必要ナシ例之主タル債務者タル振出人ニ對シテ償還請求ノ爲ニ必要ナル通知ヲ發シタルトキハ別ニ保證人ニ對シテ之ヲ發スルコトヲ要セサルナリ
第四、保證人ノ權利、保證人カ其債務ヲ履行シタルトキハ所持人カ主タル債務者ニ對シテ有セシ權利及主タル債務者カ其前者ニ對シテ有スヘキ權利ヲ取得スルモノナリ(四九九條)此保證人ノ權利ハ保證人カ其債務ノ履行ヲ爲スト同時ニ取得スルモノニシテ初ヨリ之ヲ有スルモノニ非サルコトハ前ニ手形學說ヲ說クニ當リ述ヘタルカ如シ而シテ此保證人ノ取得スル權利ハ獨立固有ノ權利ニ非スシテ所持人カ主タル債務者ニ對シテ有セシ權利及主タル債務者カ其前者ニ對シテ有スヘキ權利ナリ故ニ主タル債務者ハ所持人ニ對シテ有シタル抗辯ヲ以テ保證人ニ對抗スルコトヲ得ヘク又前者ハ主タル債務者ニ對シテ有スヘキ抗辯ヲ以テ保證人ニ對抗スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス尙此ニ一言スヘキハ本條ノ規定ハ保證人カ主タル債務者ノ其前者ニ對シテ有スヘキ權利ヲ取得スル旨ヲ規定スレトモ主タル債務者カ引受人ニ對シテ有スル權利ヲ取得スヘキコトヲ定メサルナリ故ニ學者ハ保證人ノ民法ノ規定

ニ依リ主タル債務者ニ對スル求償權ノ範圍內ニ於テ所持人ニ代位シテ引受人ニ對スル權利ヲ行フコトヲ得ルニ過キサルモノト解スルカ如シ(民五〇〇條、五〇一條、矢部學士手形法要論二二五頁、毛戶學士手形法二二五頁)要スルニ聊規定ノ缺漏アルモノト謂ハサルヘカラス

第三節 參加

第一款 總論

引受ノ拒絕又ハ引受人ノ破産ノ場合ニ於テハ所持人ハ擔保ノ請求ヲ爲スコトヲ得又支拂拒絕ノ場合ニ於テハ償還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ此場合ニ於テ邀及權ノ行使ヲ止メ是ニ因テ生スル出費ヲ避クルト同時ニ手形ノ信用ヲ維持スル爲メ手形上ノ法律關係ニ立ツノ行爲ヲ稱シテ參加(Intervention)ト謂フ其擔保請求權ノ行使ヲ止ムル爲メ爲ナル行爲ヲ參加引受ト謂ヒ償還請求權ノ行使ヲ止ムル爲メ爲ナル行爲ヲ參加支拂ト謂フ外國ニ於テハ通常是等ノ參加行爲ヲ稱シテ榮譽引受(Ehrenannahme)及榮譽支拂(Ehrenzahlung)ト謂フ蓋參加ハ手形上ノ債務者ノ名譽ヲ保護セラルル爲メ爲ナル行爲ナルカ故ナリ
參加ヲ爲ス者ハ之ヲ參加人ト謂フ更ニ之ヲ別テハ參加引受ヲ爲シタル者ヲ參加引受人ト謂ヒ參加支拂ヲ爲シタル者ヲ參加支拂人ト謂フ而シテ參加ニ因テ直接ニ利益ヲ受クル者即其者ノ名譽ノ爲ニ參加セラルルモノヲ稱シテ被參加人ト謂フ又參加ハ豫手形ニ記載セラレタル者カ之ヲ爲スコトアリ其參加ヲ爲スヘキモノトシテ豫手形ニ記載セラレタルモノヲ稱シテ豫備支拂人(Probedeckung)ト謂フ豫備支拂人カ參加引受ヲ爲シタル後ハ參加引受人ト爲リ參加支拂ヲ爲シタルトキハ參加支拂人ト爲ルナリ豫備支

拂人トシテ記載セラレタル者以外ノ者カ任意ニ參加ヲ爲ス場合ハ或ハ之ヲ稱シテ狭義ノ參加ト謂フ豫備支拂人ヲ指定シ得ル者ハ振出人及裏書人ナリ手形ノ主タル債務者タル引受人ハ之ヲ記載スルコトヲ得ス(四四八條、四五八條)或ハ他地拂手形ノ場合ニ於テハ引受人モ亦豫備支拂人ヲ指定シ得ト解スル者アレトモ「フォルクマル、レヴィー、レーバイン」等「デルンブルヒ」獨逸帝國高等商事裁判所少クトモ我商法ノ規定ヨリ見ルトキハ誤レルモノト謂ハサルヘカラス而シテ振出人又ハ裏書人カ豫備支拂人ヲ指定シタルトキハ所持人ハ擔保請求權又ハ償還請求權ヲ行使スルニ先テ必キ先之ニ對シテ參加引受又ハ參加支拂ヲ請求セザルヘカラス所持人ハ豫備支拂人ノ引受ヲ求メタル後ニ非サレハ前者ニ對シテ擔保ヲ請求スルコトヲ得サルナリ(四八〇條、五〇〇條)又豫備支拂人ノ支拂ヲ求メザルトキハ之ヲ指定シタル者及以後者ニ對スル手形上ノ權利ヲ失フモノナリ(五〇〇條)

豫備支拂人タル者及以後者ニ對スル手形上ノ資格ニ制限ナキモノナリ手形ニ關係ナキ第三者ハ勿論振出人裏書人ノ如キモ豫備支拂人ト爲ルコトヲ得ルモノナリ殊ニ振出人又ハ裏書人カ自己ヲ豫備支拂人ニ指定シテ以テ還求權ノ行使ヲ妨クルカ如キハ稀ナリトセス(反對說「ウエヒテル」)又支拂人ハ當然第一次ニ於テ引受又ハ支拂ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ豫備支拂人タルヲ得ストスル者多キモ既ニ支拂人カ參加ヲ爲スコトヲ認ムル以上ハ其豫備支拂人タルコトヲ認ムヘカラス理由ナシトス(同說「ベルンスタイン」)「デルンブルヒ」ニスタウプニ唯豫備支拂人タル爲ニハ支拂地ニ在ルコトヲ要ス(四四八條、四八八條)是豫備支拂人タルヘキ者ノ資格ノ唯一ノ制限ナリ

豫備支拂人ヲ指定スルニハ手形ノ外其原本又ハ補箋ニ記載スルコトヲ得ヘキモノナリ何トナレハ裏書ハ手形ノ原本又ハ補箋ニ之ヲ爲スコトヲ得ルカ故ナリ(四八七條)

狭義ノ參加ニ於テ被參加人タルコトヲ得ヘキ者ハ豫備支拂人ヲ指定スルコトヲ得ヘキモノト同シト總ラノ擔保義務者ナリ而シテ狭義ノ參加ノ場合ニハ引受人モ亦被參加人タルコトヲ得ルモノナリ「ゴールドシュワット」「レーマン」「スタウプ」「レーバイン」等ハ之ヲ否定ストモ我商法カ豫備支拂人又ハ參加引受人ニ非サル參加支拂人カ被參加人ヲ示サザルトキハ其參加支拂ハ支拂人ノ爲ニ爲シタルモノト看做スト規定セルハ(五二條)引受人カ被參加人タルコトヲ認メタルモノト謂フヘキナリ但此第五二條ノ規定ハ手形上ノ義務者ニ非サル支拂人ノ爲ニ參加ヲ爲スコトヲ認メタルモノニシテ參加ノ趣旨ニ反スルカ故ニ立法論トシテ決シテ贊成スヘキモノニ非サルナリ

狹義ノ參加ニ於テ參加人タルコトヲ得ヘキ者ハ豫備支拂人タルコトヲ得ヘキ者ト同シ即支拂人モ亦參加人ト爲ルコトヲ得ルモノナリ故ニ支拂人ハ支拂人トシテ引受又ハ支拂ヲ爲サス參加人トシテ參加ヲ爲スコトヲ得ヘシ伊荷其他數國ノ法律ハ明文ヲ以テ此趣旨ヲ定ム然レトモ引受人ハ參加人タルコトヲ得サルナリ(反對說「ゴールドシュワット」)引受人カ支拂ヲ爲スハ即手形上ノ債務ヲ消滅セシムル所以ニシテ支拂ヲ爲シタル引受人ハ何人ニ對シテモ參加支拂人トシテ手形上ノ權利ヲ行使スルコトヲ得サルカ故ニ引受人ハ參加支拂ヲ爲スコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス

第二款 參加引受

第一項 參加引受ノ意義

參加引受トハ支拂人カ單純ナル引受ヲ爲サル場合又ハ引受人カ破産ハ宣告ヲ受ケテ相當ノ擔保ヲ供セサル場合ニ於テ特定ノ擔保義務者ニ對スル擔保請求權ヲ消滅セシムル爲ニ爲サル手形行爲ヲ謂フ

(一) 參加引受ハ支拂人カ單純ナル引受ヲ爲サル場合又ハ引受人カ破産ノ宣告ヲ受ケテ相當ノ擔保ヲ供セサル場合ニ於テ爲サル行爲ナリ而シテ其單純ナル引受ヲ爲サス又ハ相當ノ擔保ヲ供セサル事實ハ拒絕證書ニ依リ之ヲ證明スルコトヲ要スルモノナリ(四八〇條、五〇〇條)故ニ參加引受ハ單純ナル引受ナキカ又ハ引受人カ破産ノ宣告ヲ受ケテ相當ノ擔保ヲ供セサル事實ト拒絕證書ノ作成トヲ條件トスル手形行爲ナリ

(二) 參加引受ハ手形行爲ナリ故ニ手形ニ署名スルニ依テ之ヲ爲スコトヲ要ス(五〇三條)又參加引受ハ附屬の手形行爲ナルカ故ニ形式ニ於テ完全ナル手形ニ之ヲ爲スコトヲ要スルモノナリ又參加引受ハ參加引受人單獨ノ手形行爲ニシテ所持人トノ間ノ契約ニ依ルニ非サルハ勿論被參加人ノ委託ニ應ジテ之ヲ爲スモノニ非ス豫備支拂人ト之ヲ指定シタル參加人トノ間ニハ委託ノ關係アルヲ常トスルモ豫備支拂人カ參加引受人タル手形上ノ義務ヲ負フハ其單獨ノ手形行爲ニ因ルモノナリ又參加引受ノ場合ニ於テハ所持人ハ既ニ手形ノ所有權ヲ有スルモノナルカ故ニ參加引受ハ參加引受人ノ署名ノミニ由テ直ニ其效力ヲ生スルモノナリ總テ以上述ヘタル所ハ引受ニ關シテ述ヘタル所ト同様ナリ故ニ此ニ詳説セズ

(三) 參加引受ノ目的ハ特定ノ擔保義務者ニ對スル擔保ノ請求權ヲ消滅セシムルニ在テ手形ノ主たる債務者ト爲ルニ非ス所持人其他被參加人ノ後者ヲシテ擔保請求權ヲ失ハシムルハ即參加引受ノ目的ナリ(五〇六條)法律ハ此目的ヲ達セシムル爲メ參加引受人ヲシテ支拂人カ手形ノ金額ノ支拂ヲ爲ケサル場合ニ於テ被參加人ノ後者ニ對シ手形金額及費用ヲ支拂フ義務ヲ負ハシメタリ(五〇五條)此第五〇五條ニ依リ參加引受人ノ責任ハ之ヲ引受人ノ責任ト比較スルトキハ凡次ノ如キ差異ヲ生ス

(イ) 引受人ハ絶對的ニ手形金額支拂ノ義務ヲ負フモノナレトモ參加引受人ハ支拂人カ手形金額ノ

支拂ヲ爲ササル場合ニ於テ其支拂ノ義務ヲ負フニ過キサリナリ故ニ所持人カ支拂人又ハ支拂擔當者ニ手形ヲ呈示シテ支拂拒絕證書ヲ作成セシメタル場合ニ非サレハ其義務ヲ負ハサルナリ(五二二條)

(ロ) 引受人ハ手形ノ主たる債務者トシテ何人ニ對シテモ支拂ノ義務ヲ負フモノナレトモ參加引受人ハ被參加人ノ後者ニ對シテ義務ヲ負フノミ

(ハ) 引受人ハ主たる債務者トシテ手形金額支拂ノ義務ヲ負ヒ手續ノ欠缺ニ依リ之ヲ免レサルヲ原則トスルモノナレトモ參加引受人ハ所持人カ満期日又ハ其後二日內ニ支拂ヲ求ムル爲メ手形ヲ呈示スルニ非サレハ其義務ヲ免ルヘキモノナリ(五〇五條但書)

更ニ他ノ方面ヨリ觀察シテ引受アリタル場合ト參加引受アリタル場合トノ效果ヲ見ルニ引受アリタルトキハ手形ノ主たる債務者ハ茲ニ確立スルモノナルカ故ニ何人モ擔保ノ請求ヲ爲スヲ得ザルニ至ルモノナレトモ參加引受アリタルトキハ被參加人ノ後者ハ擔保請求權ヲ失フニ過キスシテ被參加人及前者ハ之ヲ失フコトナキナリ(五〇六條、五〇七條)

尙別箇ノ方面ヨリ觀察シテ引受人カ支拂ヲ爲シタル場合ト參加引受人カ支拂ヲ爲シタル場合トノ效果ヲ見ルニ引受人カ支拂ヲ爲スハ手形ノ主たる債務者カ其債務ヲ辨濟スルモノニシテ手形上ノ權利ハ總テ之ニ因テ消滅スルモノナレトモ參加引受人カ支拂ヲ爲スハ單ニ被參加人ニ代リテ償還義務ヲ盡ストノ觀念ニ過キサリカ故ニ參加引受人カ支拂ヲ爲シタルトキハ引受人被參加人及其前者ニ對スル所持人ノ權利ヲ取得スルモノニシテ手形上ノ債權ハ消滅ニ歸スルモノニ非ス(五一三條)

以上述ヘタル各般ノ點ヨリ觀察スルトキハ引受ト參加引受トハ其目的ト本質トヲ異ニスルモノニシテ一ハ手形ノ主たる債務ヲ引受クルモノニシテ一ハ單ニ擔保義務ヲ引受タルニ過キサリコトヲ了解スヘ

シ然ルニ「テール」カ一タヒ此通知ヲ看過シテ參加引受ハ引受ノ一種ナリト説述シタル後「ルノー」「ハ
ルトマン」「クライス」「ブラハマン」「グリュンフト」「コーザツク」「スタック」等ハ皆此誤譯ニ陷
レリト雖之ニ反對シテ參加引受ハ擔保義務ノ引受ニシテ引受ノ一種ニ非ストル者少シトセス例之
「フオルクマル」「レグイー」「ホフマン」「カンスタイン」「デルンブルヒ」「レーバイン」「ペルン
タイン」等はナリ予ハ後説ヲ以テ正論ヲ得タルモノト信スルモノナリ

(四) 參加引受ハ擔保請求權ノ消滅ヲ來スモノナリ故ニ參加引受ハ單純ナラサルヘカラス引受ニ付テハ
一部ノ引受ヲ認ムルト雖參加引受ニ付テ之ヲ認ムルコトヲ得サルハ參加引受ニ因テ被參加人ノ後者カ
全ク擔保請求權ヲ失フコトニ依テ知ルコトヲ得ヘシ(五〇六條)但既ニ一部ノ引受アリタル場合ニ於テ
殘部ニ付テ參加引受ヲ爲スハ妨ケサルナリ外國法中ニ於テハ英法ノ如キ一部ノ參加引受ヲモ認メタリ

第二項 參加引受ノ方式

參加引受ハ手形ニ其旨ヲ記載シ參加引受人署名スルニ依テ之ヲ爲ハハナリ(五〇三條一項)故ニ手形
ノ謄本又ハ補箋ニ之ヲ爲スコトヲ得サルナリ獨、白、蘭、英、斯、伊法等皆同シ又西、葡其他ノ諸國法ハ拒
絶證書ニ之ヲ爲スヲ以テ足レリトセリ佛國ニ於テモ此説ヲ主張スルモノナキニ非ス(ベダリード)
參加引受ノ場合ニハ其參加引受ノ趣旨ヲ記載スルコトヲ要スルモノナレトモ何人ノ爲ニスルカハ記載
スルコトヲ要セサルナリ參加引受人カ手形ニ於テ被參加人ヲ記載セサルトキハ其引受ハ振出人ノ爲ニ
之ヲ爲シタルモノト看做サルルモノナリ(五〇三條二項)蓋振出人ヲ被參加人トスルトキハ最多クノ擔
保義務ヲ消滅セシムルコトヲ得レハナリ

所持人カ參加引受ヲ受ケタルトキハ引受拒絶證書ニ參加引受アリタル旨ヲ記載セシム且其證書作成ノ
費用ノ支拂ト引換ニ之ヲ參加引受人ニ交付スルコトヲ要スルモノナリ參加引受人ハ其交付ヲ受ケタル
トキハ遲滯ナク之ヲ被參加人ニ送付スルコトヲ要スルモノナリ(五〇四條)是被參加人ヲシテ五〇七條
ノ規定ニ依リ其前者ニ對シテ擔保ノ請求ヲ爲スニ便ナラシムル爲ナリ

第三項 參加引受ノ許否

所持人ハ參加引受ヲ拒ムコトヲ得ルモノナリ(五〇一條)蓋所持人カ擔保請求權ヲ有スル場合ニ於テ自
己ノ信用セサル參加引受人ノ參加引受ニ因テ之ヲ失フモノトスレハ所持人ヲ退スルコト酷ニ失スルカ
故ナリ獨、匈、瑞、伊法ハ皆我商法ト同主義ヲ採用セリ然ルニ蘭、西、葡法ハ反之參加引受ヲ許スノ義務
アルモノトセリ然レトモ之ヲ許スコトニ因テ擔保請求權ヲ失ハサルモノトセリ佛、白、其他ノ二三國法
ハ參加引受ヲ許スノ權利ノミヲ認メ且之ヲ許シタルト否トニ關セズ擔保請求權ヲ失ハサルモノトセリ
上述ノ如ク參加引受ハ之ヲ拒ムコトヲ得ヘキモノナレトモ豫備支拂人ハ豫ノ手形ヲ指定セラルルモノ
ニシテ所持人カ手形ヲ取得シタルトキハ豫備支拂人アルコトヲ知り隨テ其參加引受人アルコトヲ豫期
セルモノニシテ又所持人カ豫備支拂人ノ參加引受ヲ拒ムトセハ豫備支拂人ノ制度ヲ設クル趣旨ヲ滅却
スルモノナルカ故ニ豫備支拂人ノ引受ハ之ヲ拒ムコトヲ得サルモノトセリ佛、白、西、葡法等ハ之ニ反
シ豫備支拂人ノ參加引受モ亦之ヲ拒ムコトヲ得ルモノトシ且縱令其參加引受ヲ許シタルトキト雖尙擔
保請求權ヲ失ハサルモノトセリ
參加引受ヲ爲サントスル者カ數人アルトキハ所持人ハ其選擇ニ從ヒ其一人ヲシテ引受ヲ爲サシムルコ
ト

トヲ得ルモノナリ(五〇二條)蓋參加引受ノ場合ニハ引受拒絶證書ヲ其參加引受人ニ交付スルコトヲ要スルモノナルカ故ニ同時ニ多數ノ參加引受ヲ受クルコトヲ得サルカ故ニ所持人ハ自由ニ最信用ヲ措ク參加引受人ヲ選擇スルコトヲ得ルモノトセルナリ英、獨、佛、白法等ハ皆我商法ト同シ然ルニ伊、斯、西、葡法ハ反之最多數ノ者カ擔保義務ヲ免ルヘキ參加引受ヲ受ケサルヘカラサルモノトセリ豫備支拂人カ數人アルトキハ如何獨法ハ如此場合ニハ其義務ニ依リ最多數ノ者カ其義務ヲ免ルル結果ヲ生スヘキ豫備支拂人ノ參加ヲ選ハサルヘカラサルモノトセルモ我商法ハ如此制限ヲ認メサルカ故ニ此場合ニ於テモ所持人ハ任意ニ其人ヲ選擇スルコトヲ得ヘキモノナリ豫備支拂人ト豫備支拂人ニ非サルモノト競合シタルトキハ其豫備支拂人ヲ選擇セサルヘカラサルハ第五〇一條ヨリ生スル當然ノ結果ナリト解シテ可ナルヘシ(矢部學士手形法三六九頁、反對說毛戶學士手形法二三四頁)

第四項 參加引受ノ效力

- (一) 參加引受ニ依テ參加引受人ハ支拂人カ手形金額ノ支拂ヲ爲ササル場合ニ於テ被參加人ノ後者ニ對シ支拂アラサリシ手形金額及費用ヲ支拂フノ義務ヲ有スルモノナリ(五〇五條)此參加引受人ノ義務ニ關シテハ疑ニ之ヲ引受人ノ義務ト比較シテ述ヘタルカ故ニ此ニ再說セズ
- (二) 參加引受ニ因テ手形ノ所持人其他被參加人ノ後者ハ擔保請求權ヲ失フモノナリ(五〇六條)是亦既ニ說述シタル所ナリ
- (三) 參加引受アリタルトキハ所持人ハ支拂拒絶ノ場合ニ於テ其參加引受人ノ參加支拂ヲ求ムルノ義務ヲ負フモノナリ所持人カ之ヲ求メサリシトキハ被參加人及其後者ニ對スル手形上ノ權利ヲ失フモノナリ(五〇八條)

(四) 參加引受ニ依テハ參加引受人ト被參加人トノ間ニ於テハ別ニ何等ノ手形上ノ關係ヲモ生セサルモノナリ參加引受人カ被參加人ノ委託ニ應シテ參加引受ヲ爲シタル場合ニ於テハ其間ノ關係ハ民法上ノ委任ナルヘク若委任ナキニ拘ラス參加引受ヲ爲シタル場合ニ於テハ其間ノ關係ハ民法上ノ事務管理ト爲ルモノナリ唯參加引受人ハ手形法ノ規定ニ依テ遲滞ナク所持人ヨリ交付ヲ受ケタル拒絶證書ヲ被參加人ニ送付スル義務ヲ負フ(五〇四條二項「カンスタイン」ハ參加引受人カ被參加人ノ爲ニ參加支拂ヲ爲シタル場合ニ於テ償還ヲ請求スルノ權利ヲ取得スルハ其參加引受ヲ爲シタルニ因ルモノナリト曰フモ此說ハ誤レリ何トナレハ參加引受人ハ參加支拂ヲ爲シテ後始テ被參加人及其前者ニ對スル所持人ノ權利ヲ取得スルモノナレハナリ又參加引受ニ依テ參加引受人ト被參加人トノ前者トノ間ニ於テハ別ニ何等ノ法律關係ヲモ生セサルナリ

第三款 參加支拂

第一項 參加支拂ノ意義

參加支拂トハ支拂ノ拒絶アリタル場合ニ於テ償還請求權ノ行使ヲ止ムル爲メ爲サルハ支拂ノ謂フ(一) 參加支拂ハ支拂ノ拒絶アリタル場合ニ於テ爲サル支拂ナリ而シテ支拂ノ拒絶ハ拒絶證書ノ作成ノミニ依テ證明セラルヘキモノナルカ故ニ參加支拂ハ支拂人カ支拂ヲ拒絶シタル事實ト支拂拒絶證書ノ作成ヲ條件トスル支拂ナリト謂フヲ得ヘシ所持人ハ其作成セラレタル支拂拒絶證書ニ參加支拂アリ

タル旨ヲ記載セシメテ之ヲ參加支拂人ニ交付スヘキモノナリ(五一、一二條)
 (二) 參加支拂ハ償還請求權ノ行使ヲ止ムルコトヲ目的トスルモノナリ參加支拂ノ手形上ノ債權債務ノ關係ヲ消滅セシモノニ非ス却テ參加支拂人ハ引受人被參加人及前者ニ對スル所持人ノ權利ヲ取得シテ手形上ノ權利者トシテ之ヲ行使スルコトヲ得ヘキモノナリ故ニ參加支拂ハ之ヲ支拂人ニ爲ス所ノ通常ノ支拂ト區別セサルヘカラス

(三) 參加支拂ハ償還請求權ノ行使ヲ止ムルコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ參加支拂ニ於ル被參加人ハ原則トシテハ償還義務者ナラサルヘカラス理論上ヨリ云ヘハ引受人ハ被參加人ト爲ルコトヲ得サルモノナリ然レトモ引受人ノ爲ニスル參加支拂ヲ認ムルコトキハ振出人モ亦其償還義務ヲ免ルルニ至ルモノニシテ最多數ノ債務者ヲシテ其債務ヲ免レシムルコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ手形上ノ關係ヲ簡單ニスル爲ニハ引受人ノ爲ニスル參加支拂ヲ認ムルモ可ナリ唯我商法カ引受ヲ爲サル支拂人ノ爲ニスル參加支拂ヲ認ムタルニ至テハ(五一、一二條)其何ノ理由ニ基クカ知ラサルナリ引受ヲ爲サル支拂人ハ手形上ノ債務者ニ非ス之カ爲メ參加支拂ヲ爲ス者ハ第五、三條ノ規定ニ依リ手形上ノ權利ヲ有スルコトヲ得サルモノナリ故ニ引受ヲ爲サル支拂ノ爲ニ參加支拂ヲ爲ス者アルトキハ手形上ノ法律關係ハ全然消滅ニ歸スヘキモノナリ是實ニ參加支拂ノ本質ニ背反スルモノト謂ハサルヘカラス又支拂人ノ爲ニスル參加支拂ヲ認ムルモ其參加支拂ニシテ何等ノ手形上ノ效力ヲモ生セサルモノトセハ通常ノ民法上ノ第三者ノ爲ス辨濟以外ニ手形法ニ於テ特ニ之ヲ認ムルハ實ニ無用ノコトト謂ハサルヘカラス
 (四) 參加支拂ハ償還請求權ノ行使ヲ止ムルコトヲ目的トセル一種ノ手形法上ノ支拂ニシテ民法上ノ第三者ノ辨濟ト異ナルモノナリ第三、九條ノ規定ニ依リ手形上ノ債務者即引受人ノ爲ニ支拂ヲ爲スコ

此外備船者ハ尙附隨ノ費用例之關稅ノ費用及立替金等ノ實費ヲ支拂フ義務アルモノト又商法第五、九條二項ニ所謂往復航海ヲ爲スヘキ場合又ハ他港ヨリ船積港ニ航行スヘキ場合ニ於テハ既ニ多少ノ航海ヲ爲シタルモノナルカ故ニ其航海中解除ヲ爲ス前ニ於テ或ハ共同海損、救援又ハ救助ノ費用ヲ負擔スル必要ヲ生シタルコトアルヘシ此場合ニ於テハ其費用ハ運送品ノ價格ニ應ジ備船者ニ於テ負擔スヘキハ當然ナリトス蓋是皆備船者ノ利益ノ爲ニ生シタル費用ナレハナリ(五九、九條)

(ロ) 一部備船又ハ箇箇ノ物品運送契約ノ場合、一部備船者又ハ荷送人カ他ノ備船者又ハ荷送人ト共同シテ解除ヲ請求スルトキハ其狀態モ全部備船者カ解除ヲ爲ス場合ニ異ナラサルカ故ニ船積所有者ニ對スル賠償額ニ至テモ亦之ヲ同クシテ通則トシテハ運送貨ノ半額ナリトス(六〇、一條三項、六〇、三條)一部備船者又ハ荷送人カ他ノ備船者又ハ荷送人ト共同セシテ解除ヲ請求スルトキハ運送貨ノ全額ヲ支拂フコトヲ要ス但船積所有者カ其解除ニ因テ生シタル空室ヲ利用シテ他ノ運送品ヲ募集シテ之ニ積込ミ因テ取得スルコトヲ得タル運送貨ハ之ヲ控除ス(六〇、一條一項、六〇、三條)然ラスンハ船積所有者ハ同一ノ船室ニ對シテ二重ノ利得ヲ爲スニ由ル舊商法ニ於テハ全部備船ト一部備船トニ付區別ヲ設ケス解除ノ際ハ何レモ運送貨ノ半額ヲ支拂フヲ以テ足レリト爲セリト雖本法ニ於テハ全部備船ト一部備船トヲ區別シ全部備船ノ場合ハ發航前ニ於テ解除ヲ爲セハ運送貨ノ半額ヲ支拂フヲ以テ足レリトシ一部備船ノ場合ハ運送貨ノ全額ヲ支拂フコトヲ要スルモノトセリ何カ故ニ斯ル區別ヲ設ケタルカ是ハ他シテ前者ニ在テハ備船者カ解除ヲ爲セハ船積所有者ハ全タ航海ヲ廢止スルコトヲ得ルモノトセハ航海ヲ廢止スルコトヲ得サルニ由ル然レトモ一部備船者又ハ荷送人カ總テ共同シテ解除スル場合ハ全部備船者カ解除スル場合ト均ク航海ヲ廢止スルコトヲ得ルカ故ニ前述シタル如ク運送貨ノ半額ヲ支拂フ

通則ニ依ルモノトス

右ニ述フル所ハ一部備船者又ハ荷送人カ運送品ノ全部若クハ一部ノ船積ヲ爲ササル場合ヲ謂フ若既ニ運送品ノ全部若クハ一部ノ船積ヲ爲シタル後ニ在テハ一部備船者又ハ荷送人ハ他ノ備船者又ハ荷送人ノ同意ヲ得ルニ非スハ解除ヲ爲スコトヲ得ス(六〇一條二項、六〇三條)其理由ハ之カ爲ニ荷物ノ積換ヲ必要トスル等管子日子ヲ多ク要スルノミナラス或ハ積荷ノ損傷ヲ來シ他ノ備船者又ハ荷送人ノ利益ヲ害スルニ至ルノ虞アレハナリ茲ニ所謂同意ヲ得ルハ共同シテ解除ヲ爲スコト云フハ其意味ヲ異ニス共同シテ解除ヲ爲スコト云フハ他ノ備船者又ハ荷送人モ亦共ニ其契約ヲ解除スル場合ナリ然ルニ同意ヲ得ルトキハ單ニ或一部備船者又ハ荷送人カ解除ヲ爲スニ對シテ他ノ備船者又ハ荷送人カ異議ナキ旨ヲ答フルニ止ルナリ而シテ其同意ヲ得テ解除スル場合ニモ既ニ荷物ノ船積アリタル後ナルカ故ニ船積及陸揚ノ費用ハ解除請求者ノ負擔ニ歸スヘキモノナリトス(五九八條三項、六〇一條三項、六〇三條)

二 發航後ノ解除

(イ) 全部備船ノ場合、發航後ニ在テモ亦商業ノ自由ヲ保護シ全部備船者ノ任意ニ解除ヲ爲スコトヲ許ス然レトモ發航前ノ場合ト異リ航海中中途迄執行セラレ最早航海ヲ廢止スルコトヲ得ナルハ勿論船船所有者ニ生スル損害ニ至テハ莫大ナルモノアリ仍テ十分ニ其損害ヲ賠償セサルヘカラス故ニ先運送貨ノ全額ヲ支拂フ外第六〇六條第一項ニ掲ケタル債務即契約ノ趣旨ニ隨ヒ附從ノ費用、立替金及運送品ノ價格ニ應ジ共同海損、救援、救助ノ爲メ負擔スヘキ金額ヲ辨濟シ且陸揚ノ爲ニ生スヘキ損害例之陸揚費用、陸揚ノ爲ニ寄港地ニ碇泊スル費用又ハ底荷積入ノ費用等ヲ賠償スルコトヲ要シ尙其損害ハ陸揚前ニ在テハ容易ニ算定シ難キ場合之アルヘキカ故ニ其損害ヲ見積リ之ニ對スル相當ノ擔保ヲ供シ尙前

掲第六〇六條第一項ノ債務ニ付テモ直ニ之ヲ辨濟セサルトキハ相當ノ擔保ヲ供シ始テ解除ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ(六〇〇條、獨新五八二條)

(ロ) 一部備船又ハ箇箇ノ物品運送契約ノ場合、一部備船者又ハ荷送人ハ共同スレハ解除ヲ爲スコトヲ得而シテ船船所有者ニ對スル賠償額ニ至テモ亦全部備船者カ解除スル場合ト同シ(六〇〇條、六〇一條末項、六〇三條)然ルニ一部備船者又ハ荷送人カ他ノ備船者又ハ荷送人ト共同セスシテ解除ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ發航前ニ在テハ船積後ハ他ノ備船者又ハ荷送人ノ同意ヲ得レハ解除ヲ爲スコトヲ得タリ(六〇一條二項)然レニ發航後ニ在テハ如何ニ疑問ナリトス本問ニ對スル積極說トシテハ此場合タルヤ發航後ナルカ故ニ其船積後ナルコト勿論トス仍テ發航前ノ場合ト同シ他ノ備船者又ハ荷送人ノ同意ヲ得レハ解除ヲ許シテ差支ナシ而シテ船船所有者ニ對スル賠償額ニ至テハ何レノ規定ニ依ルヘキカト云フニ第六〇一條第一項ハ發航前ノ解除ノ賠償額ナルカ故ニ矢張り發航後ノ解除タル第六〇〇條ヲ適用スヘキモノナリト主張スルコトヲ得ヘキカ如シ然レトモ予ハ論理上消極說ヲ取リ此場合ハ解除ヲ許サスト言ハント欲ス何トナレハ此場合ニハ全然之ニ適用スヘキ規定ナキカ故ニ解除ヲ許サスト主張スルノ外ナクレハナリ蓋第五九八條以下ノ解除權ハ總テ限定シタル場合ノミニ認メラレタル權利ナリ然ルニ一部備船者又ハ荷送人カ共同シテ解除スル場合ハ全部備船者カ解除スル場合ニ恰當スルカ故ニ第六〇一條末項ニ依リ第六〇〇條ヲ準用スルコトヲ得ヘシト雖一部備船者又ハ荷送人カ共同セサル場合ニ付テハ固ヨリ第六〇〇條ヲ準用スルコトヲ得ス而モ第六〇一條第一項及第二項ノ規定タルヤ總テ發航前ノ解除ニ適用スヘキ規定ナリ故ニ發航後ニ於ル一部備船者又ハ荷送人カ共同セサル解除ニ付テハ全然規定ヲ缺クモノト云フヘキナリ是ヲ予消極說ヲ取ル所以ナリ

第二〇 不可抗力ニ基キテ各當事者、備船者又ハ荷送人及船舶所有者ハ解除スル場合

一 發航前ノ解除

(イ) 全部備船ノ場合、航海又ハ運送カ法令ニ反スルニ至リタルトキ例之或地方ヘノ航海ヲ禁止セラレタル場合又ハ宣戰ノ布告ニ依リ運送品カ戰時禁制品ト化シ又ハ輸出禁止品ト爲リタル場合ノ如キ其他不可抗力ニ因リ例之到達港カ最早結米シタル場合ノ如キ又ハ封鎖港ト爲リタル場合ノ如キ又ハ運送品カ全部軍需品トシテ徵發サレタルトキノ如キ又ハ船舶自體カ御用船トシテ徵發サレタル如キ場合ニ遭遇シ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルトキ唯リ備船者ノミナラス船舶所有者ニ於テモ亦解除ヲ爲スコトヲ得而シテ此場合ノ解除權發生ノ原因タルキモ各當事者ノ任意又ハ過失ニ基クモノニ非ス故ニ雙方ニ對シテ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得又發航前ノ解除ニシテ運送ハ未モ結果ヲ奏セサルカ故ニ船舶所有者ハ運送貨ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論トス(六一四條一項)

(ロ) 一部備船又ハ箇箇ノ物品運送契約ノ場合、此場合モ亦全部備船ノ場合ト均ク航海又ハ運送カ法令ニ反スルニ至リタルトキノ如キ不可抗力ニ因リ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルトキハ當事者雙方契約ヲ解除スルコトヲ得サルヘカラス仍テ全部備船ノ解除ノ規定ヲ此場合ニ準用セリ(六一四條一項、六一六條一項)

二 發航後ノ解除

(イ) 全部備船ノ場合、航海又ハ運送カ法令ニ反スルニ至リタルトキノ如キ不可抗力ニ因リ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルトキハ發航後ト雖亦各當事者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス而シテ解除ノ原因カ不可抗力ニ基キカ故ニ各當事者ハ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス

ト雖發航後ニ於テハ既ニ幾分ノ運送ヲ成就シ其結果ヲ生シ居ルヘキカ故ニ其割合ニ應シ備船者ハ運送貨ヲ支拂フコトヲ要ス是請負契約ノ性質ヨリ生スル結果ナリ(六一四條二項)例之或運送品ヲ倫敦ヨリ日本ヘ送付中戰事開始シ該品ハ戰時禁制品ト爲リタルニ因リ之ヲ香港ニテ陸揚シタル場合ニハ備船者ハ倫敦ヨリ香港迄ノ運送貨ヲ支拂フコトヲ要スルカ如シ

(ロ) 一部備船又ハ箇箇ノ物品運送契約ノ場合、航海又ハ運送カ法令ニ反スルニ至リタルカ如キ不可抗力ニ因リ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルトキハ全部備船ノ如ク解除ヲ爲スコトヲ得又其賠償額ヲ同シク(六一四條二項、六一六條一項)

三 發航ノ前後ヲ問ハス運送品ノ一部ニ關シ不可抗力ノ原因發生シタル場合ノ救済及解除

運送品ノ一部カ不可抗力ニ因リ滅失シ又ハ不可抗力ニ因リ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルトキハ如何之ニ對スル特別規定ヲ左ニ説明スヘシ

(イ) 全部備船ノ場合、全部備船者ハ船舶所有者ノ負擔ヲ重カラシメサル範圍内ニ於テ他ノ運送品ヲ船積スルコトヲ得(六一五條一項)蓋全部備船ノ場合ニ於テハ他ニ備船者又ハ運送人存在セサルカ故ニ積荷ノ出入轉換ヲ爲スモ毫モ他ノ者ニ損害ヲ被ラシムル虞ナシ故ニ獨船舶所有者ノ負擔ヲ重カラシメサル範圍内ニ之ヲ爲スコトヲ得ハ其運送品ニ換ヘテ他ノ運送品ヲ船積スルコトヲ得セシムルモ毫モ不可ナル所ナケレハナリ尤是ハ全部備船者ノ權利ナルカ故ニ此權利ヲ利用セシテ第五九八條以下ノ規定ニ從テ通常ノ場合ノ如ク解除ヲ爲スハ固ヨリ之ヲ妨ケス

然ルニ他ノ運送品ヲ船積スルコトヲ得ル權利ヲ認メタルハ畢竟備船者保護ノ爲ノ規定ナルカ故ニ此權利ヲ行使セントスルニ付テハ運漕ナク舊運送品ヲ陸揚シテ新運送品ノ船積ヲ爲スコトヲ要ス然ラズン

ハ航海ハ運送シ船舶所有者ハ爲ニ損害ヲ被ルニ至レハナリ故ニ若其陸揚又ハ船積ヲ意リタルトキハ運送貨ノ全額ヲ支拂フコトヲ要ス蓋其意慢ハ備船者自身ノ責ニ歸スヘキモノナルカ故ニ運送貨全額ヲ支拂フハ契約當然ノ結果ナレハナリ(六一五條二項)

(ロ) 一部備船又ハ箇箇ノ物品運送契約ノ場合 此場合ニハ他ニ備船者又ハ荷送人アルカ故ニ若積荷ノ轉換又ハ補充ヲ許セハ累ヲ此等ノ者ニ及スニ至ル故ニ全部備船ノ場合ノ如ク他ノ運送品ヲ船積スルコトヲ許サス然レトモ運送貨ノ全額ヲ拂ヒテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得但備船者又ハ荷送人ノ同意ヲ經ルコトヲ要セス(六一六條二項)

第二項 法定ノ原因

全部備船ノ場合ニ在テハ

一 船舶カ沈没シタルコト

二 船舶カ修繕スルコト能ハサルニ至リタルコト

三 船舶カ捕獲セラレタルコト

四 運送品カ不可抗力ニ因テ滅失シタルコト

ノ事由ノ一ニ相當スルトキハ運送契約ハ當然終了ス蓋第一號乃至第三號ノ事由ハ何レモ皆船舶ニ關スルモノナリト雖備船契約ニ在テハ船舶ハ即契約ノ目的ニシテ此等ノ三事由ノ場合ハ何レモ其契約ノ目的自身カ滅失シ又ハ滅失ト同視スヘキ場合ナルカ故ニ契約ノ當然終了スト爲スハ至當ナリ船舶カ修繕スルコト能ハサルニ至リタルトキトハ固ヨリ事實問題トシテ之ヲ決定スヘキモ法律ハ後日ノ紛爭ヲ絶

ヲ爲ニ法律上修繕不能ト看做スヘキ場合ヲ第五七一條ニ於テ列舉シタルコトハ既ニ述ヘタリ又捕獲ノ意義ハ國際公法ニ於テ研究スヘキ事項ニ屬ス(六一三條一項)

右第一號乃至第三號ノ事由カ生シタルトキハ發航ノ前後ヲ問ハス契約ハ終了スルコトハ勿論ナレトモ若此等事由カ航海中ニ生シタルトキハ既ニ若干ノ航海ヲ爲シ運送モ亦多少成就セラレ其結果ヲ生スルコトアルヘシ例之門司ヲ發シテ上海經由香港迄航行スル場合ニ於テ上海沖ニ於テ海難ニ罹リ該船舶ハ上海ニ急航シ坐礁ノ厄ニ罹リタルモ運送品ハ幸ニ大部分ハ上海ニ陸揚スルコトヲ得タル場合ノ如キ是ナリ斯ル場合ニ於テハ爾後運送契約ハ終了スルモ運送品ノ大部分ハ上海迄ハ運送スルコトヲ得タルモノナルカ故ニ其運送ノ割合ニ應ジテ即到著シタル運送品ノ多寡ト運送ノ航程トノ二者ニ準シテ運送貨ヲ支拂ハシムルヲ至當トス是運送契約ハ仕事ノ結果ニ對シテ報酬ヲ與フル請負契約タルノ結果ナリ然レトモ此等ノ事由ノ發生シタル場合ニハ積荷ニハ多クハ濡損シ等ノ損害ヲ生スヘク爲ニ運送品ハ到着シタルモ毫モ其價格ヲ有セサルカ如キ場合之アルヘシ而モ仍普通ノ運送貨ヲ支拂ハシメントスルハ酷ト謂フヘシ故ニ運送品ノ價格ヲ超ユサル限度ニ於テ運送貨ヲ支拂ハシムルモノトス(六一三條二項)

第四號ノ場合ハ契約ノ目的タル運送品自身カ滅失シタルモノナルカ故ニ契約ノ終了スルハ當然トス而シテ此場合ハ毫モ運送ノ結果ヲ生スルコトナシ故ニ全然運送貨支拂ノ義務ナキモノトス

右ハ全部備船契約ノ當然終了スル場合ナリ然ルニ之ト同一ノ事由ハ一部備船又ハ箇箇ノ物品運送契約ノ場合ニモ亦發生スヘキカ故ニ右ノ規定ハ此場合ニ準用セララル(六一六條一項)

第四節 船荷證券

第一項 船荷證券ノ發行

一 船荷證券ノ沿革。中世地中海地方ニ於ル海上交通ニ於テ船舶内ニ官ヨリ任命サレタル船舶書記吏ナルモノ便乗シ居ルヲ常トシ其者カ積荷表ヲ作成シ船積サレタル積荷物ノ公證ヲ爲セリ然ルニ荷送人ハ書記吏ニ請ヒテ其積荷表中ヨリ自己ノ積荷ニ對スル部分ノ積本ヲ申受ケテ之ヲ荷受人ニ送付シ其積本ノ證據力ハ積荷表其モノノ證據力ト異ナルコトナク荷受人ハ其積本ヲ持參シテ能ク積荷ヲ受取ルコトヲ得タリ然ルニ其後船舶書記吏ノ船内ニ便乗スルコトノ慣習廢セラレ船長ノ地位ハ高マリ其權限ハ擴張セラレ船長自身ヨリ積荷ノ受取證ヲ發行スルコト爲レリ而シテ其效力ニ至ラモ初ハ唯船舶所有者又ハ船長ト積荷當事者間ノ授受ニ關スル證券タルニ止リシモ今日ニ在テハ積荷ノ授受ニ關スル證券トシテヨリモ貨物ノ融通ヲ計ル爲メ物權の證券トシテ汎ク行ハルルニ至レリ（「エנדマン」四卷一六五頁）

船荷證券ハ陸上運送ノ貨物引換證ニ該當ス元來發達ノ沿革ヨリ言ヘハ船荷證券先發達シテ而シテ後ニ陸上運送ニ於テモ鐵道等ノ交通機關ノ發達ヨリ近年長距離ノ運送行ハルルカ爲メ海上ノ船荷證券ニ倣ヒテ之ト同一ノ目的ヲ有スル貨物引換證ナルモノノ作成ヲ見ルニ至レリ然レトモ陸上運送ニハ古クヨリ運送狀ナルモノノ慣用アリ運送契約其モノノ證據ノ爲トシテハ之ニテ既ニ其目的ヲ達スルコトヲ得ルカ故ニ貨物引換證ハ未況ク其慣用ヲ見ルニ至ラス故ニ陸上運送ノ貨物引換證ハ其實用良ニ船荷證券ノ下ニ在リ又發達ノ沿革ヨリ言フモ亦大ニ其日淺シ故ニ船荷證券ノ規定ヲ先ニ設ケテ而シテ後ニ之ヲ貨物引換證ニ準用スヘキ管ナルモ立法ノ順序ニ於テ貨物引換證ノ規定ハ先ニ表ハレ來ルカ故ニ已ムコ

過キサルコトアリ然レトモ國家又ハ公共團體等カ少クモ其物ノ上ニ地上權又ハ占有權ノ如キ或支配權ヲ有スルコトハ公用物ノ觀念ニ缺クヘカラサル要素ナリ

公用物ノ觀念ハ如此其主體カ其上ニ所有權ヲ有スルヲ必要トセサルヲ以テ公用物ハ一方ニ於テハ行政財產ヨリモ其範圍廣シ行政財產ノ觀念ハ行政ノ主體タル國家又ハ公共團體ノ所有ニ屬スルコトヲ其要件トス故ニ行政財產ニ非サルモノニシテ公用物タルモノハ存在スルコトヲ得ヘシ

公用物ハ其主體ノ支配權ニ屬スルモノナルコトヲ要スルカ故ニ公用物タルニハ物件カ性質上ノ支配ニ屬シ得ヘキモノナラサルラス故ニ所謂共用物即空氣、光線、海洋ノ如キ性質上ノ支配ニ屬スル能ハサルモノハ公用物タルコト能ハス

第二節 公用物ノ法律關係

第一款 公用物ノ所有權

公用物ノ法律上ノ性質如何ハ爭アル問題ナリ其重ナルモノハ四說アリ

第一說ハ公用物ヲ以テ無主物ナリトシ公用物ニ對シテハ何人モ所有權ヲ有スルコトナク全ク所有權ノ目的物タルコトヲ得サルモノナリト爲スモノナリ此說ハ「ケッラー」ノ會主張シタル所ニシテ曰ク公用物ニ對シテハ唯國家カ公ノ權力ヲ有スルノミ總テノ私權ハ其上ニ行ルヲ得ス隨テ實動の所有權ト潛勢の所有權トヲ間ハス全ク其上ニ存在スルヲ得サルモノナリト此說ニ依レハ公用物ニ對シテハ國家モ亦所有權ヲ有セサルモノナルカ故ニ國家ニシテ其公共使用ヲ廢シタルトキハ公用物ハ純然タル無主物ト爲リテ一般ノ無主物ト同ク先占ニ依テ取得スルコトヲ得サルヘカラス之ト同ク又公用物ノ上ニ生ス

ル副産物例之溜池ニ生シタル魚類、道路ニ生シタル牧草ノ如キモ亦純然タル無主財産ナラサルヘカラス然レトモ是現在ノ立法ニ反シ又一般ノ法律思想ニ抵觸スルモノナリ公用物ハ空氣、海洋ノ如キ共用物ト異リ性質上人ノ支配ニ屬シ得ヘキモノニシテ當然所有權ノ觀念ヲ容ルヘキモノナリ羅馬法ニ於ル「レスプブリカ」ノ觀念モ亦之ヲ無主物ト看做シタルニ非ス

第二説ハ第一説ト相似似シ其形ヲ異ニスルモノニシテ公用物ハ共同ノ使用權ヲ有スル者ノ共同所有權ニ屬スルモノナリト爲スモノナリ此見解ハ歷史上ノ事實トシテ團體ノ人格未認メラレス文化ノ尙甚幼稚ナリシ時代ニ於テハ實際ニ能ク法律事實ニ適合シタルモノナリ諸國ノ歴史ニ於テ道路、橋梁、墓地ノ如キモノカ村落住民ノ共有地ト看做シタル時代ハ曾之アリシナリ然レトモ今日ノ法律關係ニ於テ如此思想ノ容ルヘカラスハ多言ヲ俟タスシテ明瞭ナリ「イェリシテ」ハ曾之ト類似ノ見解ヲ主張シタルコトアレトモ其説ハ世ニ多クノ影響ヲ殘スコトナクシテ消滅シタリ

第三説ハ公用物ヲ以テ國家其他公用物主體ノ公法上ノ所有權ニ屬スト爲スモノナリ其説ハ佛國行政法ノ見解ヨリ出テタルモノニシテ前ニ述ヘタル如ク佛國民法ハ其明文ヲ以テ道路、河川ノ類ヲ「ドメーヌ、ビュブリ」即公ノ所有物ト爲シ而シテ其所謂公ノ所有物トハ公法上ノ所有權ニ屬スル物件アリト看做セルナリ獨逸ニ於ル此説ノ最重ナル主張者ハ「オ、マイヤー」ナリ其説ニ依レハ所有權ヲ以テ當然ニ私法ノ範圍ニノミ專屬スルモノナリトスルハ正當ノ見解ニ非ス所有權トハ單ニ物ノ上ニ於ル包括的ノ支配權ヲ謂フニ外ナラス物ノ上ニ行ハル支配權ハ通常ハ私法ノ規定ニ依テ規律セラル是私法上ノ所有權ナリ然レトモ公用物ノ上ニ行ハル支配權ハ全ク民法ノ支配ヲ脱シ公法ノ規定ニ依テ其秩序ヲ與ヘラルモノナリ公法ノ規定ニ依テ包括的ニ物ヲ支配スル力ハ即公法上ノ所有權ナリ故ニ國家カ公用物

ノ上ニ有スル權利ハ私法上ノ所有權ニ非ス私法上ノ權利ハ全ク公用物ノ上ニ行ハルヲ得サルモノナリ國家カ公用物ノ上ニ有スル力ハ公法上ノ區域ニ於ル所有權ナリト云フニ在リ

公用物ニ付テハ其之ヲ利用スル方法カ私法ノ規定ニ依テ支配セラルルコトナク公法ニ依テ支配セラルルコトハ疑ヲ容レザル所ナリ然レトモ所有權ハ必シモ完全ニ物ヲ支配シ得ヘキ力ヲ謂フニ非ス所有權ノ觀念ハ單ニ若他ニ法律上ノ制限ヲ受ケサル限りハ完全ニ之ヲ支配シ得ヘキ力タルニ過キス法律上ノ制限ヲ受ケルコトハ所有權ノ觀念ヲ妨クルコトナシ其制限ノ最極端ナル場合ハ全然其物ノ上ニ於ル使用收益處分ノ能力ヲ剝奪スルニ至ルコトヲモ妨ケス地上權、永小作權ノ設定セラレタル土地ト雖向所有權ノ觀念ヲ妨ケサルハ人ノ知ルカ如シ如此場合ニ於テモ若其制限ニシテ取除カレタルトキハ所有者ハ其上ニ於ル完全ナル支配權ヲ回復スルコトヲ得所有權ノ效果ハ唯此點ニ於テ現ルナリ公用物ニ付テモ亦之ト同ク公共ノ使用ニ供セララル間ハ其利用方法ハ全ク公法ノ規定ニ依テ制限セラレ所有權ノ作用ヲ實現スルコトヲ得サレトモ此制限アルニ拘ラス尙其所有物タルコトヲ妨ケサルコトハ恰地上權ヲ設定セラレタル土地カ尙所有地タルヲ妨ケサルカ如シ公共ノ使用ニシテ廢止セララルトキハ所有者ハ其物ノ上ニ完全ナル支配權ヲ回復スルモノナリ故ヲ以テ特ニ公法上ノ所有物ト爲シ之ヲ私法上ノ所有權トハ全ク異ナリタル種類ノ權利ナリトスルノ理由ハ毫モ存在スルコトナシ

所有權ハ元來私法上ノ觀念ナリ國家ト雖私人ト同一ノ法律上ノ地位ニ立ツ場合ニ於テハ公法ノ支配ヲ受ケシテ私法ノ適用ヲ受ケルコトハ屢述ヘタルカ如シ國家カ物ヲ所有スルハ常ニ私人ト同一ノ關係ニ於テ之ヲ所有スルモノニシテ國家カ私法ノ適用ヲ受ケヘキ要件ハ常ニ具ハレリ國家ニノ特別ナル權力アリテ物ヲ所有スルニ非ス其特別ナル所ハ唯之ヲ利用スルノ方法ニ在ルノミ利用方法ノミカ私法

ノ區域ヲ脱シテ公ノ權力ノ作用ニ屬スルモノナリ所有其モノハ常ニ私法上ノ所有權タルナリ
加之「オ、マイヤー」ハ公法上ノ所有權ヲ以テ國家ノ權力ノ發動ナリト爲ス者ナレトモ統治權ハ常ニ人
ニ對スル力ニシテ物ニ對スル力ニ非ス統治權ハ命令權ナリ命令ハ人ニ對シテ行ルヲ得ヘキ止リ物
ニ對シテ行ルコトヲ得ス隨テ統治權ノ作用シテ公法上ノ物權ヲ認ムルハ初ヨリ容ルヘカラサルノ
思想ナリ物權ハ常ニ私法ノ區域ニノミ存在シ公法上ノ物權ハ存在スルコトヲ得ス是「イェリネック」ノ既
ニ證明セル所ナリ

公法上ノ所有權ノ思想ノ誤レルコトハ又私有地ノ上ニモ公用物カ存在シ得ヘキコトニ於テ明瞭ナリ
「オ、マイヤー」ハ公用物ノ上ニハ全ク私權ノ存在ヲ許サス公用物ノ上ニ存スル權利ハ常ニ公法上ノ權
利ナリト爲セルニモ拘ラス自ラ又私有地モ亦公用物タリ得ヘキコトヲ承認セリ此場合ニ於テ彼ハ曰ク
其所有權ハ尙私法上ノ所有權タリ國家ハ唯其上ニ公法上ノ地役權又ハ占有權ヲ取得シ此地役權又ハ占
有權ニ依テ之ヲ公有物タラシムルナリト然レトモ此場合ニ於テハ明ニ公有物ノ上ニ私法上ノ所有權ノ
成立シ得ルコトヲ認ムルモノニシテ明白ナル論理ノ矛盾ナリ

何レノ點ヨリスルモ今日ノ通説ニ反シテ所謂公法上ノ所有權ナルモノノ存在ヲ認ムヘキ理由存在セス』
第四說ハ今日ニ行ル最普通ノ學說ニシテ又予ノ信スル所ニ依レハ唯一ノ正當ナルモノナリ此說ニ依
レハ公用物ノ上ニ於ル所有權モ亦私法上ノ所有權ニ外ナラス唯其所有權ノ效果カ公法ノ規定ニ依リ制
限セララルルニ外ナラサルナリ所有權ノ制限ハ公共ノ使用ヲ妨クルノ限度ニ於テ行ハルモノニシテ公
用物ノ目的タル公共ノ使用ヲ妨ケサル範圍内ニ於テハ所有權ハ其效果ヲ有スルコトヲ妨ケス
公用物カ私法上ノ所有權ノ目的タルコトハ我國ノ現行法ニ於テモ亦之ヲ承認セルモノノ如シ明治七年

十一月太政官布告地所名稱區別ニハ官有地ノ中ニ河海、道路、溝渠ノ如キモノヲ數ヘ民有地ノ中ニモ亦
道路、數地ノ目ヲ記載セリ即道路ノ土地所有權ハ或ハ國家ニ屬スルコトアリ或ハ私人ニ屬スルコトア
ルヲ認メタルモノナリ反之河川法ニ於テハ河川ハ私權ノ目的ト爲ルコトヲ得スト明言シ恰國家モ亦河
川ニ對シテハ私法上ノ所有權ヲ有セサルコトヲ認ムルカ如シト雖此規定ハ單ニ私法ノ規定ニ依リ河川
ノ上ニ權利ヲ設定スルコト能ハサルコト即羅馬法ノ用語ヲ以テ言ハハ河川ノ不融通物タルコトヲ規定
セルニ止リ國家ノ河川ニ對スル權利カ公權ニ屬スルカ私權ニ屬スルカヲ學理的ニ決定シタルモノト認
ムルコトヲ得ス

公用物ニ對シテ私法上ノ所有權カ成立シ得ヘキコトハ公用物ノ所有權カ一私人ニ屬セル場合ニ於テ最
明瞭ナリ此場合ニ於テハ一私人ハ全ク公ノ行政ヲ行フノ主體ニ非サルカ故ニ其所有權カ普通ノ私法上
ノ權利ナルコトハ疑ヲ容レサル所ナリ國家又ハ公共團體カ自ラ其上ニ所有權ヲ有スル場合ニ於テモ其
關係ハ全ク之ト異ルコトナク均ク私法上ノ所有權タリ隨テ公用物ニシテ廢止セラレタルトキハ所有權
ハ其完全ノ效果ヲ現ハシ元公用物ノ主體タリシ者ハ自由ニ之ヲ處分シ得ルニ至ルナリ

第二款 公用物ノ成立

公用物カ成立スルニハ(一)公用物ノ主體タル國家又ハ公共團體又ハ特許ヲ受ケタル起業者カ之ヲ公共
ノ使用ニ供スルノ意思アルコト(二)公用物タルニ適當ナル形體ヲ有スルコト(三)要素ヲ必要トス意
思(animus)ト形體(corpus)トハ公用物ノ二成立要素ナリ

(一) 意思の要素 公用物ノ成立ニハ第一ニ公用物主體ノ之ヲ公共使用ニ供スルノ意思アルコトヲ要

ス故ニ(イ)其意思ヲ表示スルモノハ公用物ノ主體ナラサルヘカラス(ロ)現ニ其意思ヲ表示スルコトヲ要ス

(イ) 公共ノ使用ニ供スルノ意思ヲ有效ニ表示シ得ル者ハ如此目的ニ向テ其物件ヲ處分シ得ヘキ能力ヲ有スル權利主體ナラサルヘカラス

公共ノ使用ニ供スルハ公ノ權力ノ作用ナリ故ニ公共ノ供用ニ供スヘキ意思ヲ表示スルハ唯公ノ權力ノ主體ノミ有效ニ之ヲ爲スコトヲ得公ノ權力ノ主體タルモノハ第一ニ國家ナリ然レトモ國家ノ外向市町村其他ノ公共團體モ亦其自治權ノ範圍内ニ於テハ公ノ權力ノ主體タルコトヲ得ヘク隨テ亦其範圍内ニ於テハ公用物ノ主體タルコトヲ得當ニ公共團體ノミナラス一人モ亦國家ノ特許ニ依テハ公ノ權力ノ主體タルコトヲ得後ニ述フヘキ公共事業ノ特許ノ場合ハ是ナリ此場合ニ於テハ私人モ亦公用物ヲ成立セシムルコトヲ得ヘシ然レトモ是稀ナル場合ナリ

公共ノ使用ニ供スルノ意思ヲ表示スルニハ管ニ公ノ權力ノ主體タルヲ以テ足レリトセス其權力主體カ現ニ其物件ヲ支配シ得ヘキ權能ヲ有セサルヘカラス言ヒ換フレハ其物件カ其權力主體ノ處分權ニ屬スル場合ナルヲ要ス縱令國家カ或物件ヲ公用物ト爲スヘキ意思ヲ表示スルモ其物件ニシテ第三者ノ所有權ニ屬シ國家カ其物ノ上ニ如何ナル權利ヲモ有セザリシトキハ其物件ハ公用物ト爲ルコトヲ得ス公用物カ成立スルカ爲ニハ其意思ヲ表示スル權力主體カ其物ノ上ニ或ハ所有權ヲ有スルカ然ラサルモ少クモ地上權又ハ其他ノ管理權ヲ有スル場合ナラサルヘカラス其權利ハ私法上ノ權利ニシテ之ヲ取得スルニハ或ハ通常ノ私法上ノ取得原因即買賣、受贈、寄附、取得時効、地上權設定行為、質貸借等ニ依ルコトアルヘク或ハ公法上ノ取得原因即公用徵收ニ依ルコトモアルヘシ何レノ原因ナル

ヲ問ハス要スルニ或法律上ノ正權原ニ依リ其物件ノ上ニ或支配權ヲ有スルニ非サレハ之ヲ公共ノ使用ニ供スルコトヲ得ス公用物ノ成立ハ常ニ如此私法上ノ權利ノ存在ヲ前提トスルモノナリ此故ニ公用物ノ主體タルカ爲ニハ(一)公ノ權力ノ主體タルコト(二)其物ノ上ニ私法上ノ所有權其他ノ或支配權ヲ有スルコトノ二要素ヲ必要トスルナリ

(ロ) 公用物ノ成立スルニハ其權利主體カ現ニ之ヲ公共ノ使用ニ供スルノ意思アルコトヲ要ス其意思表示ハ或ハ明示ナルコトアリ或ハ默示ナルコトアリ通常ハ明示ノ意思表示ニ依ルモノニシテ工事ノ竣功シタル後獨立ノ行為ヲ以テ行ル例之道路ニ付テハ其時迄立札又ハ繩張等ヲ爲シ通行ヲ禁止シタルニ其禁止ヲ取除キ自由ノ通行ニ供スルカ如キ是ナリ此瞬間ニ於テ其物ハ公用物タル性質ヲ受タルナリ默示ノ意思ニ依ル場合ハ從來既ニ久シク事實上一般ノ使用ニ供セラレ居タル物ヲ國家又ハ公共團體カ讓受ケ其儘ニ之ヲ放任スル場合ナリ例之一箇人ノ私有地カ從來一般ニ道路トシテ公衆ノ使用ニ供セラレタル場合ノ如キ是單純ナル事實上ノ使用ニシテ之ニ依テ公用物ノ性質ヲ受クルモノニ非サレトモ國家又ハ公共團體カ或ハ公用徵收ニ依リ或ハ私法上ノ行為ニ依リ其土地ヲ讓受ケ從來ノ儘ニ公衆ノ使用ニ供スルトキハ之ニ依テ從來ハ私ノ物件タリシモノカ主體ノ變更ニ依テ公用物タル性質ヲ受クルナリ

公用物ハ常ニ如此明示又ハ默示ノ意思表示ニ依テ成立スルモノナレトモ之ニ一ノ例外アリ所謂自然の公用物はナリ自然の公用物トハ航通シ得ヘキ河川、湖水、海濱ノ如キ其天然ノ構造ニ於テ既ニ公共ノ使用ニ供セラルヘキ性質ヲ有スルモノヲ謂フ是等ノ物件ニ付テハ特ニ之ヲ公共ノ使用ニ供スルノ意思表示アルコトヲ要セス其天然ノ形態ニ於テ當然公共ノ使用ニ供セラルモノニシテ國家ハ唯天

然ヨリ與ヘラレタル目的ノ儘ニ之ヲ放任スルノミ此點ニ於テ自然の公用物ハ類其公用物ニ類ス然レトモ其公用物ニ在テハ絕對ニ人力ノ支配ノ下ニ在ラサルニ反シテ自然の公用物ニ在テハ尙或程度迄ハ國家ノ支配ノ下ニ屬ス國家ハ或ハ全ク其公用ヲ廢スルコトヲ得ヘク或ハ河川ノ埋立工事ヲ爲スカ如ク其形態ヲ變造シテ全ク公用物タル性質ヲ失ハシムルコトヲ得ヘシ其公共ノ使用ニ供セラルルハ國家カ之ヲ天然ノ儘ニ放任スルカ爲ノミ故ニ自然の公用物ハ國家カ積極的ニ之ヲ公用ニ供スルノ意思ヲ表示スルニ因テ成立スルモノニハ非サレトモ尙消極的ニ國家カ其公用ヲ禁止セサルコトヲ必要トス此限度ニ於テハ自然の公用物モ亦國家ノ意思ヲ以テ其成立要素ト爲スト云フコトヲ得

(二) 形態の要素 公用物カ成立スルカ爲ニハ單ニ意思ノミヲ以テ足レリトセス公共ノ使用ニ供セラレ得ヘキ必要ナル構造ヲ備フルコトヲ要ス公用物トハ公共ノ使用ニ供セラルルモノナリ若事實上ニ公共力之ヲ使用シ得ヘキニ非サレハ公用物ハ未成立スルコトヲ得ス故ニ縱令國家カ一定ノ地所ヲ道路敷地ニ編入スルコトヲ決定スルモ其地所ニシテ若道路トシテ使用セラレ得ヘキ構造ヲ備ヘサルトキハ未公ノ道路トシテノ性質ヲ有スルコトヲ得ス如此意思表示ハ單ニ向テノ意思ヲ表示シタルモノト認ムヘキモノニシテ道路修築工事ノ竣功シタル時ニ於テ始テ其意思カ現實ノ效果ヲ生シ公用物タル性質ヲ受クルナリ

第三款 公用物タル性質ヨリ生スル效果

或物件カ公用物タルヨリ生スル第一ノ效果ハ簡人カ之ヲ使用スルノ權能ヲ受クルコトニ在リ公用物ニ對スル簡人ノ使用權ニ付テハ後ニ之ヲ詳論スヘク此處ニ論スル所ノ效果ハ公用物其物カ公用物タル性質

質ヲ有スルコトニ因テ他ノ物件トハ異リタル法律上ノ取扱ヲ受クルノ點ニ付テ説明スルノミ

公有物タル性質ニ因リ公用物其物ノ上ニ及ス法律上ノ效果ハニアリ一ハ民法ノ規定カ公用物ノ上ニ適用セラレサルコト是ナリ一ハ公用物ニ對スル侵害カ警察上及刑法上ノ特別ノ保護ヲ受タルコト是ナリ一 公用物ハ民法ノ適用ノ外ニ置カル公用物ハ直接ニ公共ノ使用ニ供セラルルモノナルカ故ニ若民法ノ規定カ之ニ適用セラレ簡人カ其物ノ上ニ民法上ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ヘシセハ公用物ノ目的ハ之ヲ達スルコトヲ得ス公用物タル性質ヲ有スル以上ハ民法ノ規定カ之ニ適用セララルコトヲ得ザルハ其當然ノ結果ナリ故ニ例之公用物ノ上ニ簡人カ私法上ノ所有權ヲ有スルコト雖公用物タル性質ヲ有スル間ハ所有權ハ其效果ヲ有スルコトヲ得ス公用物ハ又其公用物タル性質ヲ廢罷セサル限りハ民法上ノ行為ニ依テ之ヲ讓渡スコトヲ得ス時効ニ因ル取得ハ其上ニ行フルコトヲ得ス又民法上ノ地上權又ハ隣地權、地役權ノ類ハ公用物ニ對シテ成立スルコトヲ得ス民法ノ規定ニ依テハ如何ナル權利モ其上ニ成立スルコトヲ得サルモノナリ

公用物ノ此性質ヲ言ヒ表ハスカ爲ニ通常學者ハ公用物ハ不融通物ナリト云フヲ常トス然レトモ公用物カ不融通物ナリト云フハ唯民法ノ規定ニ依リ公用物ノ上ニ權利ヲ設定スルコトヲ得スト云フニ止リ全ク私權ノ目的物タルコトヲ得スト云フノ意ニ非ス公用物ト雖公法上ノ行為ニ依テハ其上ニ私人ノ權利ヲ設定スルコトヲ得ヘク而シテ其權利ハ公法上ノ權利ナルコトアルヘク又私法上ノ權利ナルコトアルヘシ管ノ權利ヲ設定シ得ヘキノミナラス公法上ノ行為ニ依テハ又其所有權ヲ移轉スルコトヲ得例之國有ノ道路ヲ移シテ市町村有ノ道路ト爲ス場合ノ如シ是民法上ノ讓渡ニ非ス全然公法ノ區域ニ屬スル行為ニシテ唯其結果トシテ私權ノ移轉ヲ生スルニ過キス

二 公用物タルモノヨリ生スル第二ノ效果ハ他ノ物件トハ異ナリタル警察上、反刑法上、特別ノ保護ヲ受クルコトニ在リ公用物ハ直接ニ公共ノ目的ニ供セラルルモノナルカ故ニ公用物ヲ侵害スルハ即公共ノ善良ナル秩序ヲ侵害スルモノナリ隨テ其侵害ヲ除去スルハ警察ノ當然ノ任務ナリ之ニ由テ所謂道路警察、河川警察等ノ名稱アリ公用物ニ對スル警察上ノ保護ハ一部分ハ公用物ニ對スル箇人ノ使用權ヲ制限シ秩序スルニ依テ行レ一部分ハ公用物其物ノ上ニ加ヘラルル障害ヲ除去スルニ依テ行ル其權力發動ノ形式ハ一般ノ警察ニ同ク作爲令、不作爲令、警察罰及警察強制ノ形ヲ以テ行ル就中直接強制ハ公用警察ニ於テ殊ニ廣ク行ル所ナリ

公用物ニ對スル刑法上ノ保護ハ公用物ノ上ニ加ヘラルル特別ノ侵害ニ對シテ刑罰ヲ科スルヲ云フモノニシテ一般ノ刑罰ト何等ノ異ナル所ナク特ニ爰ニ之ヲ論スル迄モナシ

第四款 公用物ノ管理

公用物ハ公法上ノ所有權ノ目的物ニ非ス普通ノ財產ト同ク私法上ノ所有物ナルコトハ前ニ述フルカ如シト雖公用物カ公共ノ用ニ供セラルル間ハ所有權ノ效果ハ停止セラレ公ノ權力ニ依テ管理セラルルモノナリ換言スレハ公用物ニ對スル管理權ハ私法上ノ作用ニ非スシテ公ノ權力ノ發動ナリ

公用物ノ管理權ハ所有權ノ作用ニ非スシテ公ノ權力ノ作用ナルカ故ニ公用物ニ對シテ管理權ヲ有スル者ハ必シモ其所有權ノ主體ト相一致スルモノハニ非ス一方ニ於テハ私人ノ所有物ニシテ國家又ハ公共團體ノ管理ニ屬スルモノアリ之ヨリモ尙多キハ所有權ハ國家ニ屬シ而シテ其管理權カ公共團體ニ屬スル場合ナリ

公用物ノ管理權ハ最廣キ意味ニ於テハ左ノ諸種ノ權限ヲ包含ス

- 一 公用ヲ廢スルノ權
 - 二 公用物ノ目的ヲ達スル爲ニ之ヲ保存シ及維持スルノ權
 - 三 公用物ノ維持保存ニ必要ナル費用ノ負擔
 - 四 公用物ニ對スル箇人ノ使用權ヲ制限シ又ハ之ヲ許可スルノ權
 - 五 公用物ノ使用ニ因リ特別ノ利益ヲ享受スル者ヨリ使用料其他ノ報償ヲ徵收スルノ權
- 公用物ノ管理權カ包括的ニ一ノ權利主體ニ屬スル場合ニ於テハ以上諸種ノ制限ハ均ク此權利主體ニ屬スヘキモノナリ然レトモ通常ノ場合ニ於テハ管理權中權限ノ分配カ行レ其種種ノ權限中或種類ノモノハ之ヲ公共團體又ハ私人ニ特許シ他ノ種類ノ作用ハ之ヲ國家ノ權利ニ留保スルコトアリ權限ノ分配ハ就中公用物ノ廢止權及公用物警察ニ付ハル公用物警察トハ警察ノ目的ノ爲メ公用物ニ對スル障害ヲ除去シ公用物ニ對スル箇人ノ使用權ヲ制限スルノ作用ヲ包含ス公用物ヲ廢止スルノ權及公用物警察ハ多クノ場合ニ於テ常ニ之ヲ國家ニ留保ス反之公用物ノ維持、保存及之ニ關スル費用ノ負擔、使用料其他ノ報償ヲ徵收スルノ權並ニ警察ノ目的以外ニ亘リテ公用物ノ使用權ヲ制限スルノ權ハ公共團體又ハ場合ニ依テハ私人ニ特許セラルル例トス此等ノ種種ノ權限カ均ク國家ニ屬スル場合ニ於テモ權限ノ分配ハ尙官廳ノ間ニ行レ警察權ヲ有スル官廳ト其他ノ權限ヲ有スル官廳トハ別種ノ官廳ニ屬スルコトアリ公用物ニ對シテ何人カ管理權ヲ有スルカハ法規ノ定ムル所ニ依テ決セザルヘカラス然レトモ此點ニ關スル現行法ノ規定ハ尙不備ニシテ就中公用物ノ最重要ナルモノノ一タル道路ノ管理權ニ付テハ殆全ク法規ヲ存セス今日ニ於テモ其大部分ハ慣習及箇箇ノ訓令ニ依リ支配セラル道路ハ之ヲ國道、府

縣道及里道ノ三種ニ區別スレトモ此區別ハ單ニ道幅又ハ其修築方法ニ付法律上ノ效果ヲ有スルニ過キ
シテ其管理權ノ所在ノ區別ニ非ス今日ニ於テハ一ニ慣習ニ依テ決スルノ外ナシ現行法ノ稍備ハレ
ルハ河川其最著キモノナリ之ニ依レハ河川ノ管理權ハ府縣ニ屬シ其維持保存ニ要スル費用ノ負擔及
其使用ニ對スル使用料及其他ノ報償ノ徵收權ハ均ク府縣ニ屬セリ而シテ此場合ニ於テハ河川警察モ亦
府縣ニ委任セラレタリ

第五款 公用物ノ消滅

公用物ハ之ヲ公共ノ使用ニ供スルノ意思ト公用物タリ得ヘキ形體トノ二ノ要素ヲ以テ成立スルコトハ
前ニ述ヘタル如シ此ニ要素中其孰カノ一ヲ失フトキハ公用物ハ其公用物タル性質ヲ失フ
公用物ハ第一ニ之ヲ公共ノ使用ニ供スルノ意思ヲ廢止スルニ因テ消滅ス公用物ノ廢止ハ公用物ノ管理
權ヲ有スル官廳ニ於テ之ヲ行ヒ一私人ニ於テ公用物ヲ管理スル場合ニ於テハ其私人カ之ヲ廢止スルノ
權ヲ有ス但國家カ特ニ其廢止權ヲ自己ニ留保シタル場合ハ此限ニ在ラス
第二ニ公用物ハ公共ノ使用ニ供セラルルニ必要ナル形體ノ滅失ニ因テ消滅ス例之河川カ其流域ヲ變更
シ後來ノ流域カ干地トナリタル場合ノ如キ道路カ通行シ得ヘカラサルニ至リタルトキノ如キ是ナリ
公用物ノ消滅ニ因テ生スル效果ハ公用物ノ上ニ行レタル公ノ權力ノ作用トシテノ管理權消滅シ私法上
ノ所有權カ完全ニ其效果ヲ發現スルニ因リ公用物ノ所有權カ其效果ヲ停止セラレタルハ單ニ其公共
用ニ供セラレタルカ爲ナルカ故ニ其公用ノ廢セララルト共ニ所有權カ再完全ナル效果ヲ生スルハ當然
ナリ

第三節 公用物ノ使用權

第一款 概論

公用物ハ公共ノ使用ニ供セラルルモノナリ私人カ公用物ヲ使用スルコトハ公用物本來ノ性質タリ然レ
トモ私人カ公用物ヲ使用シ得ルノ權利ハ種種アリテ其性質ヲ一ニセサルカ故ニ本節ニ於テ少シク之カ
性質ヲ論スルコトヲ要ス

公用物ハ公ノ權力ニ依テ管理セラレ私法上ノ所有權ノ效果ハ其公用ニ供セラルルノ間ハ停止セラルル
モノナリ隨テ私人カ公用物ノ上ニ有スル使用權モ亦所有權ノ效果ニ基クモノニ非スシテ公ノ權力ニ依
テ許容セラレタルモノナラサルヘカラス換言スレハ公用物ニ對スル私人ノ使用權ハ常ニ公法上ノ關係
ニ依リ設定セララルルモノニシテ私法上ノ行為ニ因テ發生スルコトヲ得ス此點ニ於テ公用物ハ一般營造
物ト異ナレリ營造物ニ付テハ後ニ述アルカ如ク之ニ對スル私人ノ利用方法ハ或ハ公法上ノ關係ニ於テ
行レ或ハ私法上ノ關係ニ於テ行ル公用物ニ在テハ之ニ反シ私法上ノ關係ニ於ル使用ハ全ク行ルコト
ヲ得シテ唯公法上ノ使用ノミカ行ルナリ

然レトモ公用物ノ使用カ常ニ公法上ノ關係ニ於テ行ルルト云フハ必シモ公用物ニ附屬スル物件ニシテ
之ト分離シ得ヘキモノカ私法上ノ關係ニ於テ處分セラルルコトヲ妨タルモノニ非ス例之道路ニ生シタ
ル牧草、並木ノ果實、河川ニ生シタル氷ノ如キ公用物ノ附屬物ニシテ其レ自身カ公用ニ供セラルル一部
分ヲ成スニ非ス之ヲ公用物ヨリ分離スルモ公用物本來ノ目的ヲ妨ケサルモノニ在テハ民法上ノ形式ヲ
以テ之ヲ讓渡スルコトヲ得ルハ勿論ナリ

茲ニ公用物ノ使用權ト謂フハ專公用物自身ノ本體カ商人ノ使用ニ供セラルルノ關係ヲ謂フモノナリ公用物ノ使用權ハ之ヲ三種ニ分ツコトヲ得自由使用、許可使用及特許占用是ナリ

第二款 自由使用

第一 自由使用ノ性質 自由使用トハ以テ許可使用ニ對スルモノニシテ何人ト雖隨處ノ特別ノ許可行為ヲ要セスシテ自由ニ使用シ得ルヲ謂フ其全ク報償ヲ要セス無料ヲ以テ使用シ得ルカ又ハ其使用カ一定ノ報償ノ納付ヲ以テ條件トスルカハ自由使用ノ觀念ニ影響スル所ナシ

公用物ニ對スル商人ノ自由使用權ハ如何ナル權利ナルカ道路カ商人ノ自由使用ニ供セラルルニ依テ商人ハ道路ノ上ニ如何ナル權利ヲ取得スルモノナルカ此問題ニ對シテハ嘗テ一言シタルコトアリ如此權利ヲ以テ商人カ之ヲ使用スルノ權利ヲ有スルモノト爲スハ誤ナリ是全ク權利ニ非ス商人ハ道路ノ上ニ通行ノ權利ヲ有スルニ非ス是單純ナル法ノ反射ニシテ唯國家カ其通行ヲ妨ケサルノミ之ヲ使用權ト云フハ唯通俗ノ意義ニ於テ云フニ止リ嚴格ナル意義ニ於テハ正當ニ非ス其法律上ノ性質ハ單ニ道路ヲ管理スル官廳カ商人ノ通行ヲ妨害スヘカラサルノ義務ヲ負フニ止リ其義務ニ因リ商人カ間接ニ利益ヲ受クルニ外ナラス縱令其通行ヲ制限スルコトアルモ商人ノ權利ノ侵害ニハ非ス

第二 自由使用權ノ範圍 自由使用權ノ範圍ハ法律ノ定ムル所ニ依テ其限界ヲ受ク然レトモ法律又ハ命令ヲ以テ自由使用權ノ範圍ヲ規定スルハ實際ニ稀ナル所ニシテ大多數ノ場合ニ於テハ其範圍ハ事實上ノ慣習ニ依テ定ムルモノナリ隨テ何レノ公用物ニ付テモ精密ニ商人ノ使用權ノ限界ヲ定ムルハ困難ナレトモ大體ニ於テハ實際ノ慣習ニ依リ人民ノ普通ノ法律の感想ニ依テ大ナル困難ナク之ヲ發見スル

コトヲ得

之ヲ道路ニ付テ例スルモ法律ハ商人カ道路ノ上ニ如何ナルコトヲ爲シ得ヘキカノ範圍ニ付テハ精密ナル規定ノ存スルモノナシ其範圍ハ專普通ノ慣習ニ依テ定ムルモノナリ道路ノ使用權ニ對スル最普通ナル見解ハ道路ハ公共ノ交通ニ供セラルルト云フニ在リ固ヨリ交通ハ道路ノ最モ重ナル目的ナレトモ交通ニ供セラルルコトノミヲ以テハ道路ノ使用方法ノ全部ヲ盡シタルモノニ非ス道路ハ交通ノ外尙種種ノ方法ノ爲ニ使用セラル道路ノ上ニ一時車ヲ停止シ道路ノ上ニ門戸ヲ開放シ道路ノ上ニ國旗ヲ掲出スルカ如キ交通以外ノ使用方法ニシテ而モ官廳ノ許可ヲ要セス自由使用ノ範圍内トシテ公認セラルルモノ尠カラス其使用方法ノ範圍ハ又決シテ總テ道路ヲ通シテ均一ナルモノニ非ス都會地ニ於テハ交通ノ目的以外ニ於テ道路ノ使用法ハ頗制限サレタレトモ村落地ニ於テ道路ノ上ニ手工業ヲ行ヒ貨物ヲ積上ケ夕刻ニ牀机ヲ持出スカ如キ其總テハ各地方ノ慣習ニ依ルモノニシテ一定ノ限界ヲ定ムルコトヲ得然レトモ何レノ場合ニ於テモ普通ノ法律思想ニ依リ大體ニ於テ其範圍ヲ定ムルニ困難ナラス

第三 自由使用ニ對スル警察上ノ制限 自由使用權ノ範圍ハ不確實ナカラモ一定ノ限界ヲ有スルコトハ勿論ナリ其限界ヲ超越スルハ公用物ニ對スル障害ニシテ此障害ヲ除却スルハ公用物警察ノ重ナル任務ナリ此目的ノ爲ニ公用物警察ハ種種ノ方面ニ於テ自由使用ヲ制限ス其重ナル制限ハ左ノ如シ

- 一 公用物ニ對シテ特別ノ損害ヲ加フルノ處アル使用方法ハ警察權ニ依テ之ヲ禁止スルコトヲ得例之橋梁ヲ通過スヘキ車ノ重量ヲ制限シ或種ノ道路ニ於テハ全ク荷車ノ通行ヲ禁止スルカ如キ是ナリ
- 二 公用物ノ使用方法ハ總テ同一ノ價值ヲ有スルモノニ非ス均ク自由使用ノ範圍ニ屬スル使用方法

ニシテ或モノハ公益上特ニ重要ト看做スヘキモノアリ或モノハ然ラサルモノアリ此等ノ種種ノ使用方法カ互ニ相衝突スルトキハ一層重要ナル使用方法ノ爲ニ比較的重要ナラサル使用方法ヲ制限スルコトヲ得

三 警察ハ又場合ニ依リ一時全ク公用物ノ使用ヲ禁止スルコトヲ得例之道路ノ修繕ノ爲ニ一時通行ヲ禁止シ路切道ニ於テ汽車ノ通行ノ爲ニ一時通行ヲ禁止スルカ如シ

公用物ノ使用ハ又他ノ警察ノ目的ノ爲ニ制限セラルコトアリ例之道路ニ面シテ賭博類似ノ行爲ヲ爲スコトヲ禁止シ道路ノ上ニ尿スルコトヲ禁スルカ如シ此等ノ制限ハ風俗警察、衛生警察ノ如キ他ノ種類ノ警察ニ屬スルモノニシテ公用物警察ノ任務ニ非ス公用物警察ハ單ニ公用物其他ノ目的ヲ妨クヘキ障害ヲ除去スルヲ以テ任務トスルモノナリ

第三款 許可使用及特許占用

公用物ノ自由使用ハ官廳ノ特別許可ヲ要セスシテ何人モ爲シ得ヘキモノヲ謂フ此自由使用ノ外ニ公用物ハ又官廳ノ特別ノ許可行爲ニ因テ特定ノ個人ノ爲ニ特別ノ使用方法ヲ許サルコトアリ如此特別使用ノ許可ニハ全ク異リタル二種ノ區別ヲ爲スコトヲ要ス一ハ使用許可ノ場合ニシテ一ハ特許ノ場合はナリ使用ノ許可ト占用ノ特許トハ外形上甚相似タルヲ以テ其區別ハ普通學者ノ認ムル所トナラサルモ此二ノモノハ其性質ニ於テ之ヲ行フ官廳ノ種類ニ於テ及其效果ニ於テ甚相異レリ

使用ノ許可ハ公用物ノ自由使用ニ對スル警察上ノ制限ノ一種ニシテ公用物警察ノ作用ニ依リ個人ヲシテ公用物ノ主體ヨリ妨ケラルコトナク自由使用中ニ含マレサル方法ニ依テ公用物ヲ利用スルコトヲ

得セシムルヲ謂フ其形式ハ全然警察許可ニ同シテ一般ニハ禁止セラレタル使用方法ヲ特定ノ場合ニ於テ其使用ヲ許スニ在リ個人ハ之ニ依テ官廳ヨリ妨ケラルコトナクシテ其許サレタル方法ニ依リ公用物ヲ使用シ得ヘキ權利ヲ取得ス是公法上ノ請求權ナリ然レトモ其權利ハ單純ニ國家ニ對スル權利ニシテ直接ニ公用物ノ上ニ行ハル權利ニ非ス反之占用ノ特許ハ個人ノ利益ノ爲ニ公用物ノ一部又ハ全部ノ上ニ專占的ノ支配權ヲ設定スルノ行爲ニシテ個人ハ單ニ國家ニ對シテ使用ヲ妨ケラレサルノ權利ヲ取得スルニ止ラス公用物自體ノ上ニ凡テ第三者ニ對抗シ得ヘキ專占的ノ物權ヲ取得スルナリ

實例ヲ以テ之ヲ説明スレバ使用ノ許可ニ屬スルモノハ例之道路ノ上ニ露店ヲ開キ人力車ノ駐車場ヲ設ケ線日ニ見世物小屋ヲ設ケルカ如キ是ナリ此等ノ使用方法ハ道路ノ上ニ露店ヲ開キ人力車ノ駐車場ヲ設ケ一般ニハ警察規則ニ依リ之ヲ禁止セラレ唯特定ノ場合ニ於テ警察權力警察上障害ナシト認ムル限度ニ於テ此特別ノ使用方法ヲ許可スルモノナリ占用ノ特許ニ屬スルモノハ例之道路ノ上ニ電柱ヲ設ケ軌道ヲ敷設シ鐵管ヲ埋設スルカ如キ類ニシテ特許ヲ受ケタル者ハ其物ノ上ニ行ハル所ノ權利ヲ取得スルナリ

使用許可ノ效果ハ單純ナル自由使用ノ擴張ナリ自由使用ヲ警察規則ニ依リ制限セラレタルモノカ此制限ヲ解除セララルナリ許可ヲ受ケタル者ハ公用物ノ上ニ何等ノ物權ヲ取得スルモノニ非ス占用ノ特許ハ單純ナル自由使用ノ擴張ニ非スシテ物ノ上ニ物權の性質ヲ有スル權利ヲ設定スルモノナリ如此性質ノ差異ニ基キ使用ノ許可ニ屬スル官廳ト占用ノ特許ニ屬スル官廳トハ自ら異ナラサルヲ得ス使用ノ許可ハ警察權ノ作用ニ屬ス隨テ公用物ノ警察權ヲ有スル官廳ニ於テ之ヲ行フ占用ノ特許ハ物ノ上ニ權利ヲ設定スルモノニシテ公用物ノ一ノ處分行為ナルカ故ニ公用物ノ主體ヲ代表スル官廳ノ權限ニ屬セザ

ルヘカラス此區別ハ公用物ノ警察權ト公用物ノ管理權トカ別箇ノ團體ニ屬セル場合ニ於テ最モ明瞭ナリ例之東京市ニ於ル現行法ニ依レハ道路ノ警察權ハ警察廳ニ屬シ道路ノ管理權ハ東京市ニ屬ス隨テ道路ノ使用許可ハ警察署ニ於テ之ヲ與フルコトヲ得レトモ道路ノ占用ノ特許ハ警察官廳ノ許可ノミヲ以テ足レリトセス尙市ノ許可ヲ要ス故ニ例之現行ノ道路取締規則ニ於テ家屋建築修繕等ヲ爲スニ當リ板園ヲ作ル場合ニ六十日以内ノ期限ヲ以テ之ヲ爲スハ警察署ノ許可ヲ以テ足レリトシ六十日以上ニ涉ルモノハ警察署ト市トノ雙方ノ許可ヲ必要トスルカ如キ其區別アル所以ハ六十日以内ニ於テ板園ヲ作ルハ單純ナル使用ノ許可ト看做ナレ其以上ニ涉ルモノハ土地ノ上ニ權利ヲ設定スルモノト認メタルカ爲ナリ道路ニ付テハ法律ノ規定甚不備ナルカ故ニ此區別ニ付テモ亦完全ニ之ヲ認ムルコトヲ得スト雖河川ニ付テハ法律ノ規定稍備ハリ此二ノモノハ明瞭ニ之ヲ區別スルコトヲ得其占用ナル文字モ河川法ニ於テ用フル所ナリ

使用ノ許可ト占用ノ特許ハ如此其效果ヲ異ニスルモノナルカ故ニ其取消權ニ付テハ亦著シキ差異アリ使用ノ許可ハ單純ナル自由使用ノ擴張ナルカ故ニ其取消ハ原則トシテ自由ナリ官廳ハ何時ニテモ其許可ヲ取消スニ依テ再其禁止ヲ回復スルコトヲ得ルヲ原則トス占用ノ特許ハ反之物權ヲ設定スルモノナルカ故ニ之ヲ取消スハ新ナル權利ノ侵害ト爲リ如此自由ナラス若法律ノ特別ノ規定存スルカ又ハ特許行爲ニ於テ取消權ヲ留保シタル場合ニ非サレハ原則トシテ之ヲ取消スコトヲ得サルモノト看做ササルヘカラス

占用ノ特許ニ依テ生スル權利ノ性質如何ハ疑ハシキ問題ナリ學者ハ或ハ之ヲ以テ公法上ノ權利ナリト爲ス者アリ其論據ノ一ハ公用物ノ上ニハ私權ノ成立ヲ許サスト云フニ在リ然レトモ公用物カ私權ノ目

的タルコトヲ得スト云フハ單ニ公用物カ私法上ノ行爲ニ依テ讓渡シ又ハ其上ニ權利ヲ設定スルコトヲ得ストノ意ニナラスシテ公用物ノ上ニハ如何ナル私權モ存在スルコトヲ得ストノ意義ニ非ラス公用物ト雖私法上ノ所有權ノ目的タルコトハ前ニ述ヘタルカ如シ既ニ所有權ノ目的タルコトヲ得トセハ何故ニ所有權ヨリモ其效果少キ他ノ私權ノ目的ト爲ルコトヲ得サルヤノ理由ヲ解スルコト能ハサルナリ其論據ノ他ノ一ハ占用ノ特許ハ行政行爲ナリ即公法ノ區域ニ於ル國家ノ權力作用ナリ公法ノ區域ニ於ル國家ノ行爲ノ效果ハ又必公法ノ區域ニ存セサルヘカラスト云フニ在リ然レトモ公法上ノ行爲ニ依テモ私權ヲ設定スルコトハ決シテ其例ニ乏シカラス殊ニ發明專用權、商標專用權、意匠專用權ノ如キハ私法上ノ權利タルコトハ固ヨリ言フ俟タサレトモ皆國家ノ行政行爲ニ依テ設定セラルモノナリ占用ノ特許モ亦之ト同シテ行政行爲ニ依リ箇人ノ私權ヲ設定スルモノナリ占用ノ特許ニ依リ箇人ハ物ノ上ニ支配權ヲ取得ス而シテ物ノ上ニ行ル權利ハ常ニ私權ナリ其權利ノ效果ハ單ニ國家ニ對スルノミナラス凡テノ第三者ニ對シテ效力ヲ有スルモノニシテ即物權の性質ヲ有スル私權ナリ然レトモ此私權ハ行政行爲ニ依テ設定セラレタルモノナルノ點ニ於テ民法ニ規定セラレタル各種ノ物權ト異ナレリ民法ニ規定セル各種ノ物權ハ皆私法上ノ行爲ニ依テ設定セラレ得ヘキ權利ニ關スルモノナリ公法上ノ行爲ニ依テ設定セラルル行爲ハ民法ノ關スル所ニ非ス故ニ例之專賣特許權、意匠專用權、著作權ノ如キ行政行爲ニ依テ設定セラルモノハ純然タル私權ノ性質ヲ有スルニ拘ラス民法中ニ之カ規定ヲ設タルコトナシ公用物ノ占用權モ亦之ト同種ノ權利ニシテ性質上ハ純然タル私權ナレトモ民法ニ規定セラレタル物權ノ規定ヲ以テ之ヲ律スルコトヲ得ス其權利ノ内容ハ一ニ特許行爲ニ依テ定ルヘキモノナリ

第四節 營造物ノ利用

第一款 營造物ノ觀念

營造物トハ繼續シテ公共ノ利用ニ供セラルル人的及物的ノ手段ノ全體ヲ謂フ其觀念ノ中點ヲ成スモノハ公用ノ利用ニ在リ營造物ハ營ニ國家又ハ公共團體ニ於テ之ヲ設立維持スルコトヲ得ルノミナラス一私人ニ於テモ亦之ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ一私人ニ於テ設立維持スル所ノ營造物ハ私營造物ニシテ茲ニ論スヘキ範圍ニ屬セス茲ニ論スヘキ所ハ唯公ノ行政ノ主體即國家又ハ公共團體又ハ國家ヨリ特許ヲ受ケタル一私人ニ於テ設立維持スル所ノ營造物ニ限ル公ノ行政ノ主體ニ屬スル營造物ハ之ヲ公ノ營造物ト謂フ本節ニ謂フ所ノ營造物ハ常ニ公ノ營造物ヲ意味ス
營造物ハ人的及物的ノ設備ナリ或ハ物ノミヨリ成立スルコトアリ或ハ又物的ノ要素ヲ存セス單ニ人ノ作爲ノミヲ以テスルニ依テ始テ公共ノ利用ノ目的ヲ達スルコトアリ或ハ又物的ノ要素ヲ存セス單ニ人ノ作爲ノミヲ以テスルニ依テ始テ公共ノ利用ノ目的ヲ達スルモノアリ何レノ場合ニ於テモ營造物ハ一ノ目的ニ供セラルル手段ノ全體ヲ謂フモノニシテ其一部ノミヲ謂フニ非ス營造物カ物ノミヨリ成立セル場合ハ即公用物ナリ公用物ニ付テハ既ニ之ヲ詳論シタリ本節以下ニ論スル所ノ營造物ハ公用物以外ノ營造物即或ハ作爲ノミニ依リ或ハ人的ノ作爲ニ物的ノ設備ノ加ハルニ依テ其目的ヲ達スル營造物ノミニ關スルモノナリ人的ノ作爲ノミニ依テ公共利用ノ目的ヲ達スルモノハ例之公證人、試驗委員、種痘醫ノ類ナリ人ノ要素ニ加フルニ物ノ要素ヲ以テスルモノハ例之郵便電信、鐵道、學校、病院、水道ノ類ナリ

第二款 營造物利用ノ二種ノ形式

公用物使用ノ形式ハ專公法ノ形式ニ於テ行ハルコトハ前ニ述ヘタルカ如シ營造物ニ付テモ亦本來ノ性質ヨリ云ヘハ公法ノ形式ニ依テ其利用ヲ許サルヘキヲ原則トス然レトモ此原則ハ今日ニ於テハ未普ク觀メラルルニ至ラス今日ノ實際ノ法律現象ニ於テハ營造物ノ利用ハ或ハ公法上ノ形式ニ依テ行ハルモノアリ或ハ實賃借、請負、賣買ノ如キ民法上ノ形式ヲ以テ行ハルモノアリ
如何ナル場合ニ於テ營造物ノ利用カ公法ノ形式ニ依リ如何ナル場合ニ於テ民法ノ形式ニ依ルヤノ區別ハ判然タル理論上ノ標準ヲ定ムルコトヲ得ス唯現在ノ法律現象ニ於テ其何レノ方式ヲ以テ取扱ハルルヤニ依テ之ヲ決スルノ外ナシ學者ハ種種ノ標準ヲ求メテ之カ區別ヲ立ツント欲スレトモ一モ正鵠ヲ得タルモノナシ或ハ國家カ營利ノ目的ヲ以テ營造物ヲ運轉スル場合ニ於テハ民法ノ形式ニ依ルモノナリト云フ者アレトモ是必シモ實際ノ法律現象ニ適合スルモノニ非ス鐵道ハ其實錢極テ低廉ナル場合ニ於テモ尙民法ノ形式タルコトヲ失ハス公ノ學校ハ經費ニ剩餘ヲ生スルモ尙公法ニ依テ行動スルモノナルコトヲ失ハス或學者ハ又營造物ノ利用カ強制セララル場合ニノミ公法ノ形式ニ依ルモノナリトス其說ニ依レハ小學校ハ公法ノニ役務ヲ供スルモノナレトモ中學校專門學校ノ類ハ契約ニ依テ利益ヲ供スルモノタルヘシ然レトモ小學校ニ於ル利用ノ形式ト大學ニ於ル利用ノ形式トハ法律上異ナル所ナシ一ヲ以テ公法ノ區域ニ屬シ一ヲ以テ私法ノ區域ニ屬スルモノト爲シ小學校ノ授業料ハ公法上ノ手数料ニシテ大學ノ授業料ハ請負ノ報酬ナリトスルハ決シテ當ヲ得タルモノニ非ス
營造物中ニハ其性質上公法ノ形式ニ依ルモノナルコト初ヨリ毫モ疑ヲ容レサルモノアリ營造物ノ作用

カ國家ノ權力ノ作用ニ屬スルモノナルトキハ其公法ノ區域ニ屬スルコト最明瞭ナリ例之試驗委員、公證人其他各種ノ公證營造物ノ如キ其作用ハ權力ノ發動ニ基クモノナルカ故ニ初ヨリ其公法ノ區域ニ屬スルモノナルコトハ疑ヲ容レズ公立ノ學校ニ於テモ亦學校ノ卒業ヲ以テ法律上ノ特權ヲ有スヘキ原因ト爲セル場合又ハ學校ノ入學ヲ以テ法律上ノ義務ト爲セル場合ニ於テハ又均ク國權ノ作用ニシテ其公法ノ區域ニ屬スルモノナルコト明瞭ナリ其他ノ營造物ニ在テハ其目的及其利用方法ニ於テ私ノ營造物ト全ク區別スルヲ得サルモノアリ此等ノ場合ニ於テハ其公法ノ形式ニ依ルカ私法ノ形式ニ依ルカハ事ノ性質ニ依テ之ヲ定ムルコトヲ得ス專各箇ノ場合ニ付テ國家カ何レノ形式ヲ採レルカ意思ニ依テ決定スルノ外ナシ其多クハ沿革上ノ理由ニ基クモノニシテ鐵道ハ國家カ株式會社ニ假ヒテ敷設シタルモノナルカ故ニ鐵道ノ利用ハ株式會社ト同ク民法ノ規定ニ從フ郵便電信ハ其創設ノ當時ヨリ公ノ行政事業トシテ取扱ハレタルモノナルカ故ニ公法ノ形式ニ從フ民法上ノ形式ニ依ルモノハ固ヨリ茲ニ之ヲ論スルノ要ナシ以下營造物ノ利用ニ付論スル所ハ專公法ノ形式ニ於ルモノニ關ス

第三款 營造物利用關係ノ開始

營造物ハ繼續シテ一般人民ニ利益ヲ供與スルヲ目的トス箇箇ノ場合ニ營造物ノ役務ヲ供スルニハ商人カ營造物ニ對シ特別ノ利用關係ニ立フコトヲ其前提トス利用關係ニ立フコトニ依テ商人ニ對スル營造物ノ作爲カ開始セラレ而シテ商人ハ營造物ノ特別ノ權力關係ニ服スルモノナリ

營造物ノ利用關係ヲ開始スルニハ或ハ官廳ノ特別ノ許可行爲ヲ必要トスルモノアリ或ハ營造物カ如此許可行爲ヲ必要トセスシテ商人ノ自由利用ニ供セラレ商人カ事實上或行爲ヲ爲スコトニ依テ當然營造

物ノ役務ヲ開始スルコトアリ營造物ノ役務カ特別ノ許可行爲ニ依リ開始スルハ例之學校ノ入學、病院ノ入院ノ如キ是ナリ特別ノ許可ヲ要セス事實上ニ營造物ノ役務ヲ開始スルモノハ例之商人カ郵便物ヲ投函スルニ依テ郵便局ノ役務ヲ開始シ商人カ自由ニ動物園内ニ立入ルコトヲ得ルカ如キ其例ナリ營造物カ商人ノ自由利用ニ供セラレル場合ニ於テモ公用物カ自由使用ニ供セラレル場合トハ異ナリ公用物ニ在テハ官廳ハ法律上之ヲ商人ノ自由使用ニ供スルノ義務ヲ負フ警察規則ニ依ルニ非スシテ商人ノ自由使用ヲ制限スルハ自由ニ對スル不法ノ侵害ナリ營造物ニ在テハ反之原則トシテハ必シモ之ヲ一般人民ノ自由利用ニ開クヘキ法律上ノ義務アルニ非ス隨テ營造物ハ縱令原則トシテ自由利用ニ供セラレルモノト雖何時ニテモ自己ノ任意ニ依テ其役務ヲ閉鎖シ又ハ特定ノ商人ニ對シテ其利用ヲ拒絕スルコトヲ妨ケス其閉鎖又ハ拒絕ニ對シテ商人ハ自己ノ權利ヲ侵害セラレタルモノナルコトヲ主張スルコトヲ得ス故ニ例之原則トシテ自由利用ニ供セラレル公立圖書館ト雖自己ノ任意ニ之ヲ閉鎖シ又ハ特定ノ商人ニ對シ其入場ヲ禁止スルコトヲ妨ケス故ニ營造物ハ縱令特別ノ許可行爲ヲ要セサルモノト雖公用物ト同一ノ意義ニ於テハ自由使用ニ供セラレルモノト云フヲ得サルモノナリ

然レトモ之ニ一ノ例外アリ即法規ヲ以テ總テノ人民ニ對シテ營造物ノ役務ヲ拒絕スルヲ得サルコトヲ規定セラレタル場合はナリ法規ハ往往特定ノ營造物ニ命スルニ一定ノ條件ヲ備ヘタル場合ニ於テハ總テノ商人ニ對シ均一ニ其役務ヲ供スヘキコトヲ以テスルコトアリ例之郵便局ハ一定ノ條件ヲ備ヘタル郵便物ニ對シテハ其輸送ヲ拒絕スルコトヲ得ス電信局モ亦其電信ノ取扱ニ付同様ノ拘束ヲ受ク如此法律上ノ義務アル場合ニ於テハ商人ハ其利用ヲ請求スル法律上ノ權利ヲ有スルモノニシテ之ヲ拒絕スルハ權利ノ侵害ナリ

法律カ營造物ニ如此義務ヲ命シタル場合ハ學者ハ通常之ヲ契約強制ト謂フ其意ハ一定ノ條件ヲ具ヘタル契約ノ申込アルトキハ營造物ハ必之ヲ承諾スヘキ義務ヲ負フト云フニ在リ然レトモ此見解ハ公法上ノ營造物利用ノ形式ヲ以テ民法上ノ契約ナリト看做セル結果ニシテ街營造物ノ利用ハ公法上ノ形式ニ從フモノナル以上ハ之ヲ契約強制ト云フハ當ヲ得タルモノニ非ス事利用許可ノ強制ト稱スルノ適當ナルニ若カス但其許可トハ嚴格ナル意義ニ於テ行政處分トシテノ許可ヲ謂フニ非サルヲ注意スルヲ要ス利用許可ノ強制ニ對シテ又利用強制アリ利用強制トハ箇人カ營造物ヲ利用スルコトヲ法律上強制セラレルヲ謂フ即箇人カ一定ノ條件ヲ具ヘタル場合ニ於テ特定ノ營造物ヲ利用スヘキコトヲ強制セラルモノナリ利用強制ニハ二ノ種類ヲ區別スルコトヲ要ス一ハ直接ニ營造物ノ利用ヲ命スルヲ作爲令ノ形ニ依テ強制セラルル場合ナリ此場合ニ於テハ或事實ノ發生ト共ニ營造物ヲ利用スヘキ法律上ノ義務ヲ生ス小學校ノ就學義務、師痘義務ノ如キ其實例ナリ他ノ一ノ場合ハ或作爲ヲ爲スヘキ否ヤカ全ク箇人ノ自由ニ放任セラレ唯若此作爲ヲ爲サント欲スル場合ニ於テハ營造物ヲ利用スルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得サラシムルニ在リ此場合ハ即國家ノ獨占業ニシテ他ノ者カ之ト同様ノ役務ヲ供スルコトヲ禁止シテ以テ國家ノ營造物ヲ利用スルニ非サレハ其利益ヲ得ルコト能ハサラシム郵便、電信、電話ノ專占ノ如キハ其實例ナリ國家ノ統治權ノ作用ニ屬スル營造物モ亦之ト同一ニ論スルコトヲ得試驗委員、登記、公證營造物ノ如キ其實例ナリ

第四款 營造物利用關係ノ法律上ノ效果

箇人カ營造物ヲ利用スル關係ニ立ツニ因テ生スル所ノ法律上ノ效果ハ之ヲ二分ツコトヲ得一ハ箇人

カ營造物ニ對シテ有スル權利ニシテ一ハ營造物ノ側ヨリ箇人ニ對シテ有スル權利ナリ前者ハ之ヲ箇人ノ利用權ト謂フ後者ハ之ヲ營造物權ト謂フ

第一 箇人ノ利用權 利用關係ノ開始ニ因リ箇人ハ營造物ヲ利用スルノ權利ヲ取得ス此權利ハ公法上ノ權利ニシテ營造物ノ主體タル國家又ハ公共團體又ハ特許起業者ニ對シテ有スル所ノ權利ナリ

公法上ノ營造物利用ノ形式ヲ以テ民法上ノ契約ト同一視スル學者ハ營造物ニ對スル箇人ノ利用權ニ付テモ契約上ノ權利ナリト看做ス例トセリ是事今日ニ於テ通説ナリ此通説ニ從ヘば箇人ハ郵便物ヲ投函スルニ依テ郵便物輸送契約ノ申込ヲ爲シ郵便局ハ之ヲ受理スルニ依テ其申込ヲ承諾スルモノナリ郵便法ハ其契約ノ約款ナリ箇人カ大學ニ入學スルハ教育ヲ受クヘキ諸負契約ヲ締結スルモノニシテ大學規則ハ其契約ノ約款ナリ其關係ハ悉民法上ノ契約關係ヲ以テ之ヲ論セント欲スルナリ然レトモ若斯ク看做スニ於テハ其契約ノ不履行ニ對シ民法上ノ訴權ヲ有セサルヘカラス然レトモ此等ノ場合ニ於テ營造物ノ役務ノ不履行ニ對シテハ全ク民法上ノ損害賠償等ノ訴權ヲ有スルコトナシ郵便物ヲ縱令郵便局吏員ノ過失怠慢ニ依テ宛所ニ配達セラレズ大學ニ於テ大學規則ノ定ムル所ノ教育ヲ與ヘサリシ場合ニ於テモ利用者ハ決シテ民法上ノ損害賠償ノ請求權ヲ有スルモノニ非ス

營造物ノ利用ニ付民法上ノ契約ノ形式ヲ認ムルコトヲ得ヘキハ唯前ニ述ヘタル如ク鐵道、煙草、販賣ノ如キ特定ノ場合ニ止リ一般ニ云ヘバ營造物ノ利用ハ公法上ノ形式ニ依テ行レ而シテ其公法上ノ形式ニ依テ行ルル場合ニ於テハ箇人ノ利用權ハ總然タル公法上ノ權利ニシテ民法上ノ權利ニ依テ之ヲ論スルヲ得サルモノナリ就中郵便ニ付テハ多數ノ學說ノ如ク民法上ノ形式ヲ爲スニ拘ラス其公法上ノ利用ノ形式ニ依ルモノナルコトハ甚明瞭ナリ郵便料ハ國稅徵收法ノ手續ニ依テ強制徵收セラレ郵便物ノ紛失、

其配達ノ不履行ニ付テハ法律ニ於テ特定メタル外全ク之ヲ責ヲ負ハス如此ハ民法上ノ契約關係ニ於テハ之ヲ見ルヲ得サルモノナリ

商人ノ利用權ノ内容ニ付テハ營造物ノ種類ニ依テ甚大ナル差異アリ或種ノ營造物ニ付テハ營造物ノ作為カ法規ニ依テ規定セラレ營造物ハ其法規ノ定ムル所ニ從ヒ必其役務ヲ供スヘキ義務ヲ負フモノアリ此場合ニ於テハ利用者ハ其法規ニ從テ其役務ノ利益ヲ受クヘキ法律上ノ權利ヲ有スル其他ノ營造物ニ在テハ營造物ノ作為ハ一ニ營造物自身ノ定ムル所ニ依ルモノアリ例之學校ニ於テハ學校ノ授業ニ關スル事項ハ學校自ラ定ムル所ニシテ法規ニ依リ其規定ヲ設クルコトナシ此場合ニ於テハ營造物カ如何ナル役務ヲ供スヘキカハ營造物自身ノ任意ニ依テ定ルモノナルカ故ニ商人ハ唯營造物ノ自ラ定ムル所ニ從テ其供與スル利益ヲ受クル權利ヲ有スルニ止リ其作為ノ内容ニ對シテハ何等ノ權利ヲモ主張スルコト能ハス

第二 營造物權 商人ハ營造物ノ利用關係ニ立ツコトニ依テ營造物ノ特別ノ權力ニ服ス此營造物ノ特別ノ權力ヲ稱シテ營造物權ト云フ營造物權ノ内容ハ甚種種ニシテ或ハ作為、不作爲ヲ命スルモノナルコトアリ或ハ營造物ノ秩序ヲ維持スルカ爲メ警察及懲戒權トシテ現ルモノアリ或ハ又營造物内ニ來ル物件ヲ侵害シ之ヲ留置シ又ハ之ヲ破壊スルコトヲ定ムルモノナルコトアリ

如此特別ノ權力關係ハ尙發ニ官吏ヲ論スルノ章ニ於テ其一例ヲ見ルヘシ營造物權モ亦官吏ニ對スル國家ノ特別ノ權力關係ト同様ノ性質ヲ有スルモノニシテ商人ハ營造物ノ利用關係ニ立ツコトニ依テ當然此權力ニ服スルモノナリ

營造物權ノ一ノ作用トシテ營造物ハ自ラ營造物規則ヲ定ムルコトヲ得營造物規則トハ法規ノ性質ヲ有

スルモノニ非ス特別ノ權力關係ニ基クモノニシテ官吏ニ對スル命令ト其性質ヲ同クシ其效力ハ單ニ營造物ノ内部ニ止リ營造物利用者ノミ之カ拘束ヲ受クルモノナリ

營造物權ノ他ノ一ノ作用ハ手数料ヲ徵收スルノ權ナリ然レトモ手数料ニ付テハ別ニ節ヲ分テ之ヲ論スヘシ

第五款 營造物ノ利用關係ノ消滅

營造物ノ利用關係ハ或ハ利用者カ自ラ其關係ヲ脱退スルニ因テ消滅シ或ハ營造物カ利用者ヲ排除スルニ因テ消滅ス利用者ノ脱退又ハ其排除ハ二ナカラ原則トシテ自由ナリ然レトモ利用者ノ排除ニ付テハ法規ハ往往之ヲ制限スルコトアリ就中利用許可ノ強制アル場合ニ於テハ利用者ヲ排除スルハ法律上自由ナラス

利用關係ハ又營造物ノ役務ノ終了ニ因テ當然消滅ス學校ノ利用關係ハ卒業ニ因テ消滅シ郵便ノ利用關係ハ郵便物ノ配達ニ因テ消滅ス

第五節 營造物及公物ニ關スル金錢給付ノ義務

營造物及公物ハ臣民ノ爲ニ特別ノ利益ヲ供與スルモノナリ隨テ之カ特別ノ利益ヲ享受スル者ハ營造物及公物ノ費用ニ對シ特別ノ反對給付ヲ爲スヘキコトハ能ク公平ヲ保ツ所以ナリ隨テ營造物及公物ニ依リ特別ノ利益ヲ享受スル者ハ多ク場合ニ於テ特別ノ金錢給付ノ義務ヲ賦課セラルルヲ例トス如此特別ノ金錢給付義務ハ之ヲ二種ニ分ツヲ要ス一ハ手数料ニシテ一ハ分擔金ナリ手数料ハ箇箇ノ場

第一、手數料ハ僑人ノ利益ヲ爲ニスル國家ノ行爲又ハ僑人ノ爲ニ必要ト爲リタル國家ノ行
爲又ハ營業物若クハ公用物ノ利用ニ對シテ賦課スル公法上ノ金錢給付ノ義務ナリ

モ高キ金錢給付義務ヲ課スルハ最早手數料ノ範圍ヲ脱シ租税ノ性質ヲ有スルニ至リ隨テ法律ニ依ルニ非サレハ之ヲ課スルコトヲ得サルモノナリ

此區別ハ手數料賦課ノ原因タル國家ノ行爲又ハ營造物ノ利用カ私人ノ任意ノ要求ニ基クト否トニ依リ生スルナリ當事者カ任意ニ要求スルコトニ依テ營造物ノ利用ヲ許サレ又ハ國家ノ行爲カ爲サル場合ニ於テハ當事者ハ自ラ進テ手數料納付ノ義務ヲ受諾スルモノニシテ此受諾アルニ依テ手數料ハ法規ニ根據シ要セスシテ當然法律上ノ效力ヲ發生スルコトヲ得反之當事者ノ任意ノ要求ニ依ツルニ非スシテ當事者カ法律上營造物ヲ利用シ又ハ國家ノ行爲ヲ要求スルコトヲ條義ナクセラル場合ニ於テハ當事者ノ任意ノ受諾ヲ存セサルモノナルカ故ニ此場合ニ於テ手數料ヲ賦課スルニハ必法規ノ根據アルコトヲ要ス

行政法總論 行政權ノ發動 公用物及營造物 營造物及公用物ニ關スル金錢給付ノ義務

用物ノ使用ニ對シテ手数料ヲ課スル場合及利用強制アル營造物及公用物ノ利用ニ對シテ手数料ヲ課スル場合ナリ故ニ例之道路ノ通行ニ對シ道路錢ヲ課シ小學校ノ授業料ヲ徵收シ郵便手数料ヲ徵收スルカ如キハ法律又ハ少クトモ命令ノ規定ノ存スルコトヲ要ス但法律又ハ命令ノ中ニハ必シモ手数料ノ金額ニ至ル迄自ラ之ヲ定ムルコトヲ必要トスルニ非ス法律命令ハ唯一般ニ行政官廳又ハ營造物ノ主體タル公共團體又ハ私人ニ於テ手数料ヲ徵收シ得ヘキコトヲ授權スルノミヲ以テ足レリトス此授權アルトキハ其範圍内ニ於テハ其權限ヲ授ケラレタル者自ラ其金額ヲ定ムルコトヲ得

反之營造物ノ利用カ當事者ノ任意ノ要求ニ基ク場合ニ於テハ命令ノ根據アルコトヲモ必要トセス故ニ例之公用物ノ特別使用ヲ許可シ又ハ利用強制ナキ營造物ノ利用ヲ許ス場合ニ於テハ法律又ハ命令ノ根據ナクシテ營造物ノ主體カ當然其自ラ定ムル所ノ手数料ヲ徵收スルコトヲ得ヘシ

如此場合ニ於テモ營造物ハ其性質上一般人民ノ均一ノ利用ニ供セラルルモノナルカ故ニ多クノ場合ニ於テハ豫營造物規則ニ依テ一定ノ手数料率ヲ定メ簡箇ノ場合ニ於テ一其金額ヲ定ムルニ非スシテ此一般ノ率ニ從ヒ總テノ利用者ヨリ均一ニ之ヲ徵收スルモノナリ利用者ハ其利用關係ニ立入ルニ依テ豫定マレル定率ニ從テ手数料ヲ納付スヘキ義務ヲ受諾スルモノナリ反之公用物ノ占用ヲ特許スル場合ニ於テハ如此一般的手數料率ノ規定アラサルヲ常トス其故ハ占用ノ特許ハ唯特定ノ箇人ニ對シテノミ行ルルモノニシテ一般人民ノ均一ノ利用ニ供セラルルモノニ非ス從テ其性質上如此一般ノ手数料率ヲ定ムルニ適セサルモノナレハナリ此場合ニ於テハ簡箇ノ特許行為ニ依リ簡箇ノ場合ニ付手数料納付ノ義務ヲ定ムルヲ常トス例之道路ニ軌道ヲ布設スルコトヲ特許シタル場合ニ於テハ其特許命令書ニ於テ毎年收入ノ一部分ヲ道路ノ主體タル公共團體ニ納付スヘキコトヲ命スルカ如キ其適用ナリ此場合ニ於

テハ手数料納付ノ義務カ當事者ノ受諾ニ依テ發生スルモノナルコトハ最明瞭ナリ

何レノ場合ニ於テモ手数料納付ノ義務ハ公法上ノ義務ニシテ契約ニ基ク民法上ノ義務ニ非ス

第二分擔金 分擔金トハ營造物又ハ公用物ノ維持ニ付特別ノ利害關係アル者ニ對シ其費用ノ全部又ハ一部ヲ充タス爲ニ賦課スル金銭給付ノ義務ナリ分擔金ハ營造物又ハ公用物ニ依テ特ニ利益ヲ享受スル者ヨリ其利益ニ對スル報償トシテ徵收スルモノナリ其報償タル性質ニ於テハ分擔金ハ手数料ニ同シ其異ナル所ハ手数料ハ簡箇ノ利用ノ行為ニ對シテ賦課セラルルニ反シ分擔金ハ其維持費用ヲ充タスカ爲ニ賦課セラルルノ點ニ在リ分擔金ハ又其外形ニ於テハ最能ク租稅ト相似セリ然レトモ租稅ハ一般人民ニ均一ニ賦課セラルルモノナルニ反シ分擔金ハ特ニ利害關係ヲ有スル者ニ對シテノミ賦課セラルルモノナルノ點ニ於テ異ナレリ特ニ利害關係ヲ有スル者ニ對シテ賦課スル場合ニ於テモ分擔金ハ必シモ均一ニ之ヲ賦課スルコトヲ要スルモノニ非ス利害關係ノ厚薄ニ從ヒ不均一ノ賦課ヲ爲スコトヲ妨ケ

同一ノ營造物ニ對シテ或ハ分擔金ト手数料トカ並行ハルモノアリ例之小學校ノ授業料ヲ徵收スルト同時ニ學校ニ利害關係ヲ有スル住民ヨリ別ニ學校負擔ヲ徵收スルカ如キ其例ナリ或ハ手数料ヲ徵收スルコトナク分擔金ノミ單獨ニ行ハルコトアリ道路ノ維持ニ對シ分擔金ヲ徵收スルカ如キ其例ナリ分擔金ヲ徵收スルニハ當事者ノ受諾ニ依ルノ外ハ法律ノ根據アルコトヲ要ス分擔金ハ手数料ニ非サルカ故ニ手数料ニ關スル憲法ノ特別規定ハ分擔金ニ適用スルコトヲ得ス從テ一般ノ原則ニ依リ法律ニ依ルニ非サレハ之ヲ徵收スルコトヲ得サルモノナリ而シテ法律ハ種種ノ場合ニ於テ分擔金ヲ賦課シ得ヘキ場合ヲ認ム就中市町村制ニ於テハ市町村力一般ニ其營造物維持ノ爲メ之ヲ賦課シ得ヘキコトヲ認ム

(不均一ノ賦課)其他河川法等ノ規定ニ於テ種種ノ場合ニ付之ヲ明言セリ

第五章 公法上ノ服務義務

第一節 總論

公法上ノ服務義務トハ、一身ヲ奉シテ國家ノ爲ニ特定ノ勞務ニ服スヘキ、公法上ノ義務ヲ謂フ。公法上ノ服務義務ハ第一ニ民法上ノ服務義務ト區別スルコトヲ要ス。國家ノ爲ニ勞務ニ服スルノ義務ハ雇傭請負ノ如キ民法上ノ契約ニ依ラモ亦之ヲ設定スルコトヲ得。國家ハ種種ノ事務ヲ行ハシムル爲メ民法上ノ契約ニ依テ多クノ人ヲ使用セリ例之鐵道ノ工夫、官署ノ使丁ノ如キ下級ノ機械的勞務ハ勿論時トシテハ高尚ナル精神上ノ勞務ニ服セシムル爲ニ民法上ノ契約ニ依ル場合アリ然レトモ雇傭契約ノ場合ニ於テハ國家ト義務者トノ關係ハ對等ノ關係ニシテ勞務ニ服スルハ契約ノ履行ニ外ナラス即契約ニ定ムル所ノ内容ニ從テ其勞務ニ服スルモノニシテ國家ハ契約以外ノ勞務ヲ之ニ要求スルコトヲ得ス。反之公法上ノ服務義務ハ義務者ヲシテ國家ニ對スル特別ノ權力關係ニ服セシムルモノニシテ其勞務ニ服スルハ契約ノ履行ニ非ス。國家ノ權力ニ服從スルモノナリ。

公法上ノ服務義務ハ又公法上ノ他ノ勞務ヲ供スルノ義務ト區別スルコトヲ要ス。公法上ノ服務義務ノ外國家ハ種種ノ場合ニ於テ權力作用ニ依テ臣民ニ勞務ヲ課スルコトアリ例之夫役ヲ徵收シ戰時事變ニ於テ人夫ヲ徵發スルカ如キ是ナリ此等ノ場合ニ於テ勞務ノ義務ハ均シク公法上ノ義務ナリ公法上ノ服務義務カ此等ノ義務ト異ナル所以ハ專其一身ヲ奉シテ國家ノ爲ニ盡スヘキコトニ在リ服務義務ニ非サル勞務ノ義務ハ此特別ナル忠實ノ義務ヲ伴ハサルモノナリ公法上ノ服務義務ハ此特別ナル忠實ノ義務ヲ

第六節 決算及會計検査

國家ノ會計ハ豫算ニ始リ決算ニ終ル各年度ノ現實ノ收入収支ハ大蔵大臣カ之ヲ決算シテ歲出歳入ノ總決算書ヲ編製ス。決算ハ會計検査院ニ提出シテ其検査ニ付ス。會計検査院ノ組織權限ハ法律ヲ以テ定ムヘキコト憲法第七二條ニ規定セリ。明治二十三年五月法律第一五號會計検査院法ニ依レハ會計検査院ハ天皇ニ直隸シテ國務大臣ニ對シテ獨立ノ地位ヲ有スルモノトセリ。獨立トハ國務大臣ノ指揮監督ヲ受ケサルノ意味ニシテ此意味ニ於テ獨立ナルモノハ會計検査院ニ限ラサルコトニ注意セサルヘカラス。會計検査院ハ會計検査官ヲ以テ組織ス。所謂地位ノ獨立ヲ有ス其職權ハ官金ノ收入支出官有物及國債ニ關スル計算ヲ検査確定シテ會計ヲ監督スルニ在リ其方法ハ詳ク會計検査院法ニ規定スル所ナリ其成績ヲ上奏シ其成績ニ付法律又ハ行政上ノ改正ヲ必要トスルキハ併セテ意見ヲ上奏スルコトヲ得。出納官吏ノ計算書及證據書類ヲ正當ナリト判決シタルトキハ認可狀ヲ付與シ之ヲ不當トシタル時ハ本局長官ニ通牒シテ其處分ヲ爲サシムルコトヲ得。決算ノ報告ハ之ヲ議會ニ提出スヘキコト又憲法第七二條ノ規定スル所ナリ即議會ハ會計検査ノ最終ノ機關ナリ。

第五章 內務行政

內務行政トハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及人民ノ幸福ヲ増進スルヲ目的トスル國ノ行政ナリ。公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及人民ノ幸福ヲ増進スルコトハ一切ノ行政ニ依テ存スル處ナリ租稅ヲ徵收スルモ國ノ戰鬪力ヲ備フルモ又ハ裁判ノ制度ヲ維持スルモ皆畢竟此目的ノ爲ニ外ナラス然レトモ行政法ヲ論

スル者ハ直接ニ又主トシテ目的ノ達ニ存スル處ノ行政ヲ便宜上區別シテ內務行政ト稱ヘテ之ヲ論ス直
接ニ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及人民ノ幸福ヲ増進スルヲ以テ目的トスル行政ハ其作用又自ラ行政ナラ
サルヲ得ス軍務行政、財務行政又ハ司法行政ノ如キハ間接ニ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ人民ノ幸福ヲ増
進スルノ目的ニ供セラルモノナリ隨テ其作用ノ行政的ナルモノハ其本領ニ非シテ之ニ附隨シテ存
スル作用ナリ或ハ純粹ニ行政ト稱スルコトヲ得ルモノハ內務行政ニ限ルト爲スモ強テ誤レリトセス或
學者カ內務行政ノミヲ論シテ他ノ部門ノ行政ニ及ハサルモ其意ハ酌ムヘキモノアリ之ヲ內務行政ト比
較スレハ他ノ部門ニ於テ眞ニ行政ト稱スヘキ作用ハ極テ僅ニ存スルモノニシテ之ヲ內務行政ト相並ヘ
テ論スルハ其當ヲ得サルノ嫌アリ左レトモ前ニモ述ヘタルカ如ク行政ヲ五ノ部門ニ分テ論スルハ理論
上然ルヘレトスルニ出ワルモノニ非スシテ行政法學カ行政學ヨリ分科シタル沿革ノ餘波ナリ且實際ノ
內務ノ各國ニ於ル區分ト相該ルカ故ニ便宜上一般ノ慣例ニ從ヒ置クナリ

內務行政ノ發達ハ近世ノコトニ屬シテ文明進步ノ一ノ發表タリト云フヘキモノナリ中世ニ在テハ未發
達シタル內務行政ノ組織ト云フモノナク之ニ關スル國權ノ行動ハ唯一ニ保安警察ノ事務ニ止リ教
育ノ事務經濟ヲ保護スル事務ノ如キハ寺院又ハ中世ニ特有ナル組合ナルモノノ手ニ存シテ未國家ノ職
分トシテ認メラレザリシナリ近來ニ至テ國家ノ職分ハ漸擴張セラレテ遂ニ今日ノ如キ範圍ノ內務行政
アルニ至レルナリ抑人民ノ國家生活カ尙未發達セザルトキニ在テハ國家カ將ニ努ムヘキ所ハ箇人ノ幸
福ヲ増進シ其發達ヲ直接ニ圖ルヨリモ其根本ノ條件タル國家其者ノ維持確立ニ在ルヘキハ自然ノ勢ニ
シテ初期ノ國家ハ軍政即兵馬ノ戰鬪力ヲ具備シ内外ニ對シテ國家ノ維持ヲ危ウスル者ヲ鎮壓スルヲ以
テ唯一ノ政務トセルナリ如此政務ハ莫大ノ費用ヲ要スルモノナレトモ此時代ニ在テハ國家ノ維持ハ軍

君主ノ將軍ノ私益ト見ラレテ其自家ノ收入ヲ以テ之ヲ支辨シタルナリ財務ノ政務ノ起レルハ遙ニ後世
ニ屬ス次ニ起レル政務ハ官職總和ノ政務之ヲ廣ク言ヘハ外交ノ政務ナリ他方ニハ特別ノ事情ニ依テ司
法裁判ノ事務ハ國家ノ政務タルニ至リタレトモ今日ノ所謂內務行政ノ政務ハ更ニ其萌芽ヲ見ルコトナ
クシテ後ニ至テ僅ニ公共ノ安寧秩序ヲ保持スルカ爲ニ消極的ナル國家ノ作用ヲ見ルコトアルニ至リタ
ルノミナリ一時盛ンナリシ自然法學ノ學說之ト關係ヲ同クセル所ノ自由放任ノ經濟政策ノ主義ニ在テ
ハ國家ノ直接ニ箇人ニ對スル作用概シテ言ハハ內務行政ヲ出來得ル限リ狹ク限局スルコトヲ以テ主義
ト爲シ居タルナリ諸國ニ此思想ハ行レタルコトナク所謂警察國ノ時代ヲ現出セルナリ前世紀ノ頃ヨ
リ國家ニ關スル研究盛ニ起リ希臘ノ「アリストートル」ノ思想深ク影響シテ國家ハ獨消極的ニ箇人ノ爲
ニ危害ヲ防制スルノミヲ以テ職分ト爲スヘキモノニ非ス箇人ノ力足ラサルモノハ之ヲ助長シテ積極
ニ其幸福繁榮ヲ計ルヘキモノナルコト認メラルニ至テ始テ今日ノ內務行政ハ明ニ國家ノ政務ノ範圍
ニ入ルコトナレルナリ而シテ近來所謂國家社會主義ナルモノ廣ク行ルニ至テ國家ノ積極的作用ノ
範圍ハ益擴張セラレ國家ハ一切ノ箇人ノ行爲ニ干渉シテ其幸福ト繁榮トヲ企圖スヘキモノトセラ
ルニ至レルナリ

內務行政ハ之ヲ分テ警察ト助長行政ト二トス所謂社會政策の國家ノ施政ハ助長行政ニ屬ス警察ト
云フモノハ往時ニ在テハ內務行政ノ全部ヲ稱セル語ニシテ今日所謂警察ト必シモ看テ以テ同意義トス
ルコトヲ得ス故ニ內務行政ノ意義ト其範圍トヲ説明スルニハ此沿革のニ又學說上意義ノ一定セザル警
察ノ觀念ヲ述ヘサルヘカラス警察ナル語ノ源タル希臘ノ「ポリチア」ハ國家ト云フ意味ヲ有セリ「ア
リストートル」ハ此語ヲ總テノ國家生活ニ關スル現象國家ノ目的、國家ノ職分ヲ包括スル意味ニ用ヒタ

リ秩序アル國家生活ハ「ポリテア」ナリト説ケリ降ヲ羅馬ヨリ中世ニ至テモ警察ナル語ハ國家ニ關スル事項ト云フ意味ヲ有シテ之ト區別スヘキモノハ宗教上ノ事柄ニシテ十五世紀ノ頃ニハ寺院ノ事項ニ對シテ政治ノ事項ヲ廣ク稱シテ警察ト謂ヘリ例之千五百四十一年普露亞太公カ或大學ノ設立ノ際ニ其趣旨ハ基督教及一般警察ニ適當ノ人材ヲ養成スルニ在リト宣言シタルカ如キ以テ推スコトヲ得サレハ當時警察トハ外交軍事等一切ノ國家政務ヲ包含シ居リタルモノナリト云フヘク司法ト雖未分レシテ混同シテ警察ト稱セラレタリシナリ後ニ特別ノ事情ニ因リ司法裁判ノ制度カ發達スルニ至テ司法ハ稍警察ト區別セラレ國ト國トノ交渉ノ事件カ漸頻繁ナルニ至テヨリ警察ハ國家内部ノ事項ノミヲ指スモノトセラルルニ至リ次テ軍隊ニ關スル即軍政ハ警察ヨリ分離セラレ十七世紀ニ至テハ其殘ノ部分ヲ警察ト稱スルニ至レリ司法カ劃然ト警察ト分レタルハ第十七世紀ノ末頃ノコトナリ蓋當時君主ハ漸發達シ來レル裁判ヲ以テ嚴格ニ私法上ノ爭議ヲ限リ殘所ノ國政ハ之ヲ裁判所ノ干渉ノ外ニ置カンコトヲ努力シ警察上ノ事項ニハ上訴ヲ許サスト云フコトヲ國政ノ原則ト爲スヘキコトヲ唱ヘテ私法上ノ爭議以外ノ君主及之ニ隸屬スル役人ノ處分ハ警察ノ處分ナルカ故ニ最終決定力ヲ有スル處分ニテ裁判所ノ干渉スヘキ限ニ在ラストセリ之ヨリ實際ノ必要上司法ト警察カ明ニ分ルルニ至テ今日ニ於ル司法ノ觀念ノ淵源ヲ爲シ居レリ於是警察ハ國家ノ政務ノ中外交軍事司法ヲ除ケル殘ノ部分ヲ稱スルニ至レリ此頃漸自然法學盛トナリ所謂警察國ノ觀念カ行ルルニ至リ行政學者ノ祖先タル大陸ノ官房學者「カメラリスラン」ハ國君ノ收入ヲ増加スルヲ以テ唯一ノ目的トシ之ヲ自然法學ノ思想ト結合セシメテ警察即人民ニ對スル危害ノ防制ハ人民ヲ保護シテ國君ノ爲ニ收入ノ財源ヲ養フモノナリ即警察ハ其目的トスル所財政ニ在リト論シテヨリ觀念上警察ト財政トハ分離セラレテ所謂警察ハ其指ス所僅少ナル部

分ニ止ルニ至リタルナリ當時ノ正當トセラレタル箇人ニ對スル國家ノ干渉ノ範圍ハ消極的ノ危害ノ防制ニ止ルコトハ前述セルカ如クシテ是即警察國ノ觀念ナリシナリサレハ當時ノ學者ハ或ハ警察トハ一般ノ幸福ヲ増進スル目的ヲ有スト論シ或ハ各箇ノ家族ノ幸福即警察ノ目的ナリト論シ或ハ國家内部ノ安寧ノ保持ヲ以テ警察ト爲シ民力ヲ養フカ警察ナリト論シタレトモ其指ス所ハ消極的ナル危害ノ防制ニ止リタルコトヲ認ムルナリ即換言スレハ當時ノ警察ハ其範圍ヲ內務行政ト同ウスト云フコトヲ得レトモ固ヨリ助長ノ行政ヲ含ムノ意味ナラサルコトハ明ナリ其頃ヨリ法學國家學ノ研究力著シク發達スルニ至リ國家ノ目的ノ議論發達スルニ及ヒテ警察ナルモノノ觀念ハ一般ノ進歩ヲ見タレトモ尙未從來ノ範疇ヲ出ツルコトヲ得ス當時ノ學者ノ説ケル所ノ二三ヲ左ニ述フヘシ

近世法律哲學ノ鼻祖タル「カント」ハ極端ナル法治國ノ說ヲ唱ヘテ國家ノ目的ハ法理ト國法トノ一致ニ在リト論シ行政權ハ法律ニ據テ國民ヲ指導スルカ爲ニ存在スルモノニシテ是即警察權ナリ而シテ警察ハ公共ノ安寧幸福ヲ目的トスルモノニシテ之ヲ直接ニ言ヘハ法規的秩序ノ實現カ其目的タリ司法ト相並ヒテ立法ト下ニ立ツ所ノ法律ノ根據アルコトヲ要スル國家ノ活動ナリト説ケリ「カント」ノ説ハ一世ヲ風靡シテ學者ハ皆法規的秩序ノ實現ヲ以テ警察ノ目的ナリトセリ「ブーヘンドルフ」ハ稍詳シク警察ノ觀念ヲ叙ヘテ警察トハ國家ノ目的タル一般適法ナル狀態ノ維持ニ對スル障礙ヲ除去シ立ニ國家ノ目的ヲ達スルニ恰當ナル手段ヲ供スル者ナリ即警察トハ法治ノ目的ノ爲ニスル補助ノ作用ナリト云ヘリ如此法治國ノ觀念ハ當時恰起レル所ノ三權分立ノ原則ト相合シテ立法ト之ヲ執行スルコト明ニ區別スヘキ國家ノ作用ナルコトヲ認メラルルニ至テ警察ハ立法ノ作用ニ屬セス行政ノ作用ニ屬スルモノナリコト明ニ認メラルルニ至レルナリ是往時ノ警察國ノ下ニ於テハ未存セザリシ觀念ナリ法治國の警察

ノ觀念ハ暫ノ間尙熾ニシテ彼「フイヒツチ」ノ如キモ警察トハ法治ノ大目的ヲ達スル手段ナリ是ヲ司法ト相對シテ言ヘハ司法ハ既ニ完成セル法規違反ヲ禁スルニ對シテ警察ハ未發生セサル法規違反ヲ豫防スルモノナリト論セリ其中心トスル所ハ尙法治國ノ觀念ニ在ルヲ知ルヘシ次ヲ世人或ハ警察法ノ鼻祖タリト稱スル所ノ「モール」ハ稍之ヨリモ廣ク警察ノ範圍ヲ説明シテ終ニ警察トハ國家ノ權力ヲ用ヒテ私人ノ力能ク之ヲ除去スルコトヲ得サル人類ノ發達ニ對スル各種ノ障礙ヲ除去スル所ノ作用ナリト定義セリ如此定義ハ法治國ノ觀念ニ原ク學者ノ所論ニ數歩ヲ進メタルモノニシテ殆今日ノ警察ノ觀念ニ幾キヲ見ルヘシ蓋十九世紀ノ中頃ヨリ國民ノ經濟の精神的活動ノ種類ト程度トハ著シク増加シ來リ自由放任ノ主義ハ漸學者ノ排斥スル所ト爲リ國家ノ活動ハ管ニ消極的ナル國民ノ身體財產ノ保護（警察國ノ觀念）又ハ法規的秩序ノ實現法治國ノ觀念ニ止ラス進テ積極的ニ臣民ノ幸福繁榮ヲ助長スルコトヲ最ムヘキモノナルコト即內務行政ナルモノハ舊時ノ消極的ノ作用ニ加フルニ積極的ノ作用ヲ有スルコト一般ニ認メラルルニ至ラ如此人民ノ幸福繁榮ヲ助長スル國家ノ作用ハ其目的ト手段トニ於テ著シク萬來ノ內務行政ノ職分ト異ナルヲ認メラルルニ至リシハ警察ノ觀念ヲ明ナラシメシ所以ナリ「モール」ノ定義ハ此傾向ヲ示スモノニシテ次ニ注意スヘキヲ「チンメルマン」ノ學說ト爲ス「チンメルマン」ハ曰ク警察トハ公共ノ秩序ヲ維持スル國家ノ作用ナリ自然力及人力ヨリ生スル秩序ノ紊亂セントスル危險ヲ豫防シ及秩序ニ反スル行為ヲ鎮壓シ危害ヲ除去スルモノナリ然レトモ道德宗教ノ獎勵、交通機關ノ具備及維持、本籍寄留等ノ戶籍制度、救貧行政、商工業ノ保護ハ秩序ノ維持ト謂フヘキモノニ非スシテ警察ニ屬セサル內務行政ノ一部分ナリト論セリ即「チンメルマン」ハ尙未法治國ノ觀念ヲ離ルルコトヲ得サレトモ汎キ範圍ノ內務行政ヲ認ムルニ至レリ是ヨリ警察ノ觀念ハ漸今日ノ警察ノ觀念トスル所ニ

近ツキ「ブルンチュリー」ノ如キハ頗發達シタル思想ヲ懷ケリ蓋「カント」一派ノ國家ノ目的ハ單ニ法規的秩序ノ實現ニ在リトスルモノヲ寧人民ノ幸福繁榮ノ助長カ國家ノ主要ナル職分トスヘキコトヲ明ニ理論的ニ論セルハ「ブルンチュリー」ヲ以テ始トス「ブルンチュリー」ハ警察ヲ定義シテ命令及禁制ヲ以テ日常ノ生活ニ干渉シ其安全ト幸福トヲ保護シ維持スルコトヲ圖ルハ警察ノ目的タリ警察權トハ強制ノ權力ナリト謂ヘリ「ブルンチュリー」ハ警察ノ觀念ノ重點ヲ其強制スル權力タルコトニ取レリ是廣キ國家ノ目的ヲ認メタル自然ノ結果ト謂フヘシテ全然眞理トスルコトヲ得サレトモ強制ノ手段ヲ以テ警察ノ觀念ノ重ナル元素トセルハ「ブルンチュリー」ヲ以テ始ルモノニシテ著シキ進歩ト謂ハサルヘカラス彼「スタイン」ノ如キモ初ハ強制手段ニ重キヲ措キ警察ノ觀念ヲ定メタリ此觀念ノ基本ハ今尙二三ノ學者ノ採用スル所ナリ「オットマイエル」カ之ヲ嚴整シテ強制ヲ是警察ナリト謂フトキハ未曾テ警察ト稱セラレタルコトナキ多クノ國家ノ作用ヲ警察ト謂ハサルヘカラサルコト爲リ一方ニハ許可ノ如キ手段ヲ以テ警察ノ範圍ニ屬セスト謂ハサルヘカラサルニ至ルヘシト云ヘリ實ニ強制ト云フハ廣キニシスルモノニシテ汎ク言ヘハ國家權力ノ作用ハ一トシテ直接又ハ間接ニ強制ノ手段ヲ用ヒサルモノナシ例之租稅ノ徵收ノ如キ公用徵收ノ如キ徵兵ノ如キ徵發ノ如キ強制教育ノ如キ皆強制ヲ手段トスルカ故ニ之ヲ警察ナリトスルハ實際ニ合セサルナリ若其形式ノミヲ見テ如此場合ニ用ヒラルル強制ノ集會ヲ解散シ危險ナル物件ヲ沒收スル場合ニ用ヒラルル強制モ其強制タルニ於テハ異ナルコトナキカ故ニ區別シテ異ナル名稱ヲ付スルヲ要セヌ總括シテ警察ト名クヘシト言フハ一種ノ見解トシテ強ク排斥スヘキニ非スト雖一般ニ通用セサル尙矯ノ議論ナリ斯ク強制ノ手段ヲ以テノミ警察ノ觀念ヲ定ムルコト能ハサルカ爲ニ其目的ニ重キヲ措キテ警察ノ觀念ヲ定メントスルモノアリ「スタイン」ハ後ニ警察トハ危

害ノ防制ヲ目的トスル國家ノ作用ナリト定義セリ是亦ブルンチュリ「カ強制ノ手段ヲ要素ト唱ヘタルト同ク警察ノ觀念ノ正當ナル特徵ノ一ヲ捉ヘタルモノトシテ稱讚スルコトヲ得ヘシ然レトモ其目的ノミヲ見タルハ又均シク汎キニ過タルノ嫌ヲ免レス即「スタイン」ノ自ラ言フカ如ク其防制セントスル危害ハ自然ニ出ツルト人爲ニ出ツルトヲ問ハサルモノニシテ洪水ヲ防ク爲ニスル堤防ノ築造、往來ノ安全ノ爲ニスル街路ノ點燈ノ如キモ其目的ハ危害ノ防制ニ在ルカ故ニ是ヲ警察ナリトスルナリ其汎キニ失レテ實際ノ觀念ニ合セサルコトハ論スル迄モナシ加之他ノ一方ヨリスレハ此定義ハ狭キニ失ス何トナレハ實際ニ警察ト稱スルモノハ危害ノ防制ニ非サル積極ノ幸福ヲ増進スル作用ニモ存在スト見ラルベキ場合アルカ故ナリ要之手段ノミヲ見テ警察ノ觀念ヲ定メントスルモ目的ノミヲ見テ警察ノ觀念ヲ定メントスルモ其ニ一方ニ偏シテ其結果或ハ狭ク或ハ廣シ於是學者ハ之ヲ折衷スル説ヲ爲シテ警察トハ危害ヲ防制スルカ爲ニ強制ヲ用フルモノナリト云フ者ヲ生シタルナリ此定義ハ最廣ク行ハレタリト雖未是ヲ以テ警察ノ觀念ヲ悉シタリト云フコトヲ得ス

公共ノ危害ヲ防制スル爲ニ強制ヲ用フルモノカ警察ナリトノ定義ハ最廣ク行ハルル所ナレトモ定義トシテ完全ナリト云フコトヲ得ス抑危害ノ防制トハ何ナルカ其所謂危害ナルモノノ意義ト範圍トヲ明ニスルニ非サレハ以テ警察ノ何タルカヲ示スニ足ラサレハ二三ノ學者ハ此定義ヲ批難シテ警察ハ必シモ消極ノニ危害ヲ防制スルコトノミヲ以テ其目的トスルモノニ非ス積極ノニ人民ノ幸福ヲ増進スル目的ノ爲ニモ警察ノ作用ハ存スルコトヲ得ルナリト論スル者アリ是ニ應ヘテ警察ノ目的カ結局人民ノ幸福ヲ増進ニ在ル場合ト雖常ニ危害ノ防制トシテ直接ニ表現セラルルナリト説キ復是ヲ批難シテ如此言フトキハ國家ノ作用ハ總テ其究竟ノ目的ハ幸福ノ増進ニ在ルカ故ニ危害ノ防制ト云フモ幸福ノ増進ト

云フモ要スルニ指ス所ハ同一ニシテ寧警察トハ公共ノ幸福ヲ増進スルカ爲ニ強制ヲ用フル行政ナリト論スルノ概括ナルニ如カスト論スルモノアリ如此危害ノ防制ト謂フモ其範圍ハ明瞭ナラス或ハ公共ノ幸福ト云フモ亦同一意義ナリトセラルルカ如キ曖昧ナル語ヲ用フルコトヲ非ナリトシテ警察ノ目的ハ秩序ノ維持ナリト論スルモノアリ然レトモ吾人ヨリ之ヲ見レハ秩序ノ維持ト云フモ其觀念ノ曖昧不明ナルコトハ彼此甲乙アルコトヲ發見スルヲ得ス或ハ危害ナル語ヲ更ニ明瞭ナラシメンカ爲ニ人ヨリ出ツルコト云フ形容詞ヲ附加スルモノアリ(ザイデル)サレトモ他ノ學者ハ例之地震ノ爲ニ建物ノ崩壊セシコトヲ恐レテ其修繕ヲ命スルモ亦警察ノ作用ニシテ警察ハ必シモ人ヨリ生スル危害ノ防制ノミヲ目的トスルモノニ非スト論セリ然レハトテ一切ノ危害ト云フトキハ堤防ノ築造、街路ノ點燈ノ如キモ亦警察ト稱セサルヘカラサルニ至ラン之ヲ公共ノ幸福ノ増進ト謂フトキハ租稅ノ徵收モ土地ノ收用モ警察ノ觀念中ニ包含セラルルニ至ルヘテ秩序ナル語ヲ用フルモ何カ秩序ナルカハ更ニ明瞭ナラスシテ若之ヲ廣ク解スレハ司法ノ作用モ皆警察ナリト謂ハサルヘカラサルニ至ラン軍務ノ行政モ悉秩序ノ維持ヲ目的トスルモノナリ要之危害ノ防制ト謂ヒ幸福ノ増進ト謂ヒ秩序ノ維持ト謂ヒ恰客觀的ニ其內容範圍ノ定マレル一定ノ觀念ノ如クニ言ヘトモ此等ノ觀念ハ時ト處トニ因リ國家ノ目的其物ト伸縮アルカ如ク種種異ナル所ノ觀念ナリ此等ノ不完全ナル觀念ヲ以テ警察ノ觀念ヲ定メントスルハ到底不可能ノ事ト云フヘテ畢竟スルニ法律上ノ觀念ヲ定メントスルニ目的ニ付テ之ヲ爲サントスルハ通常誤レリ何トナレハ法律ハ或究竟ノ目的ノ爲ニ存スル所ノ手段ニシテ法律上ノ觀念ハ手段其モノニ付テ區別セラハキカ故ナリ惟フニ警察ノ觀念ノ特色ハ其強制ナル點ニ在リ而シテ其目的ノ危害ノ防制ニ在ルト幸福ノ増進ニ在ルト秩序ノ維持ニ在ルト其間接ノ目的ノ何タルヲ問ハス強制ノ手段ヲ以テ警察ノ要素ト

爲ス然レトモ之ヲ前記ニ述ヘタルカ如ク國家ノ作用ニシテ強制ノ性質ヲ有スルモノハ租税ノ徵收ノ如キ土地ノ收用ノ如キ徵發ノ如キ其他數多アリ而シテ警察タル強制ハ此等ノ強制ノ分タル所以ハ警察ノ強制ハ終始強制ニシテ強制中ニ目的アリ言ハハ強制スル爲ニ強制スル即強制ヲ以テ止ル所ノ強制タルニ在リ例之租税徵收ノ爲ニスル強制ハ強制スルカ爲ニ強制スルニ非シテ國家ノ收入ヲ得ルカ爲ニ強制スルニ在リ土地ノ收用ニ於ル強制ハ強制ヲ以テ止ル強制ニ非シテ土地所有權ノ移轉カ強制ノ目的ナリ反之例之逦査カ左側ヲ通行セヨト強制スルハ其強制以外ニ何物モナシ即強制ヲ以テ終ルモノナリ如此強制ハ危害ノ防制ヲ目的トスルコトモアラン幸福ノ増進ヲ效果トスルコトモアラン公共ノ秩序ヲ實現スルコトモアラン然レトモ是警察ノ觀念ノ豫想スル所ニ非シテ強制スルカ爲ニ強制スルコト是警察タルノ特徵ナリ斯ル作用ハ內務行政ノ區域ニ存スルコト固ヨリ當然ナリ是ヲ以テ近來多數ノ學者ハ警察トハ內務行政ノ區域ニ於ル強制ナリト說明セリ例之「ロエニング」ハ警察トハ人ニ對シテ強制ヲ用フルモノニシテ內務行政ノ範圍ニ於ル國權ノ作用ナリト定義シ「ゾオルグ・マイエ」ハ內務行政ニ於ル強制權ナリト定義シ「ロジ」モ亦同一ノ定義ヲ採リ此等ノ意義ハ警察トハ內務行政全般ニ存スル所ノ作用ニシテ又內務行政ノ區域以外ニ存セサル作用ナリトスルナリ即警察タルノ特徵ハ其手段タル強制ニ在リ若其目的ヲ問ハス內務行政ト云フ最包括的ナル公共ノ幸福ノ増進ト安寧秩序ノ維持トヲ直接ノ目的トスルモノト看テ國家ノ他ノ政務ノ部分ヨリ實際上區分セラルル所ノ內務行政ト云フ外ニハ明瞭確定ノ語ヲ以テ之ヲ示スコト能ハスト爲スモノナリ故ニ予ハ警察トハ內務行政ノ區域ニ於ル強制ノ作用ナリト論スルヲ以テ最當レリト信ス何トナレハ內務行政ノ觀念ノ不定ナルコトハ前ニ述ヘタル如クナレトモ強制スルカ爲ニ強制スルコトハ內務行政ノ區域ヲ離レハ存在セザ

ルコト明ナルカ故ナリ而シテ警察ハ內務行政ノ全部ニ普ク存スルモノナリ公共ノ安寧秩序ヲ維持スル爲ニモ公共ノ幸福ヲ増進スルカ爲ニモ存スルモノニシテ內務行政中ニ在テ獨立シテ一部局ヲ成スモノニ非ス故ニ警察トハ內務行政ノ區域ニ於ル強制ノ作用ナリト定義ス然レトモ其內務行政ノ區域ニ存スルコトハ當然明ナルコトナルカ故ニ警察トハ強制ノ作用ナリト定義スルモ亦當レリ唯前ニ說明セル如ク其強制ノ特徵ヲ明ニシテ租税ノ徵收土地ノ收用ノ如キ強制ト之ヲ區別スヘキモノ

如此警察ノ作用ハ當然統治權ノ作用トシテ國家ノ爲シ得ル所ニシテ憲法ニ何等ノ制限ナキ以上如何ナル形式ヲ以テモ如何ナル事項ニ付テモ國家ノ爲レ得ル所ニ屬スルハ言フ俟タズ別段警察權ノ根據ナルコトヲ論セシテ明ナルコトナリ然ルニ茲ニ警察權ノ根據ヲ論スルハ彼佛獨ノ憲法ノ原則ニ於テハ立憲政體ノ精神ノ一トシテ人ノ自由ハ之ヲ制限スルコトヲ得ス之ヲ制限スルニハ必議會ノ議決シタル法律ニ據ラサルヘカラストセリ隨テ警察ノ作用ハ法律ノ明文ヲ俟タズレハ是有ルコトヲ得ナルモノニシテ當然統治權ノ作用ニ屬スルモノニ非ストセラル我國ノ憲法第二章臣民ノ權利義務ノ規定ハ佛獨ノ憲法ノ明文ヲ藉リ來レルモノニシテ其規定ノ形式ハ全然彼ト同一ナルカ故ニ如此規定カ佛獨ニ於テハ其立憲政體ノ精神トスル所カ普ク人ノ權利自由ハ之ヲ制限スルコトヲ得サルハ本則トスル爲メ其憲法ノ解釋上警察權ノ作用ハ常ニ必法律ノ根據ヲ要ストスルモノナルコトヲ忘レテ必シモ如此趣意存スルカ爲ニ如此規定ヲ措カレタルニ非サル所ノ我憲法ヲ解スルニモ常ニ法律ノ根據ヲ要スルヲ爲スノ誤解アルカ故ナリ然リ而シテ我國ノ憲法ニ於テ臣民ノ自由ハ常ニ之ヲ制限スルコトヲ得サルヲ以テ原則ト爲スコトハ明文ニハ勿論其精神ニ於テモ固ヨリ存セサル所ナリ國家ノ性質ヨリ之ヲ論シ臣民ノ性質ヨリ之ヲ觀レハ國家ハ何事ヲモ命令スルコトヲ得ヘク臣民ハ何事ニモ服從スヘキモノナリ國家カ國家

ノ目的ノ遂行ニ必要ナル費用ノ負擔ヲ臣民ニ命スルトキハ臣民ハ其財産ノ一部ヲ納メサルヘカラス國家カ其實力ヲ爲ス所ノ軍隊ノ組織ニ入ルヘキコトヲ命スレハ臣民ハ一身ヲ捧ケテ之ヲ奉セサルヘカラス況臣民ハ國家ノ目的ノ遂行ニ不便ナル積極ノ行為ヲ爲スヘカサルコトヲ命シタランニハ臣民ハ當然之ニ服從ヘスキヤ言フ俟タスシテ明ナリ夫レ幸福ノ増進ハ國家ノ目的ノナリ秩序ノ維持モ國家ノ目的ノナリ之ニ對スル危害ノ防制モ亦國家ノ目的ノナリ之カ爲ニ臣民ニ命令レ強制スルハ國家本然ノ權利ニシテ之ニ服從スルハ臣民本然ノ義務ト謂ハサルヘカラス唯憲法ニ於テ如此強制ヲ爲スニ或特定ノ事項ニ付テハ特定ノ形式ヲ用フルコトヲ規定セハ法治國ノ原則上其事項ニ關シ臣民ヲ強制スルニハ其形式ヲ以テセサルヘカラス然レトモ是明文ヲ要スル事項ニシテ特種ノ沿革アリ隨テ特種ノ精神ノ窺フヘキニ非サル以上ハ此明文ナクテハ國權ニ對スル制限ナキモノト解セサルヘカラス而シテ斯ル規定ハ例外的ノ規定ナルカ故ニ其明ナル場合ノ外ハ國家ハ擅ニ臣民ノ自由ヲ制限スルコトヲ得ルモノト解釋スヘク又法律ノ例外的ノ規定ヲ解釋スルノ原則トシテ嚴格ニ解スヘキナリ我憲法第二章ニ數多ノ事項ヲ列舉シテ如此事項ニ付テ臣民ノ自由ヲ制限スルニハ法律ニ依ルヘキコトヲ規定セル所以ハ此等ノ事項ニ付テハ特別ノ理由アルカ故ニ法律ト云フ鄭重ナル手續ヲ必要トスルモノニシテ佛獨ノ憲法ノ如ク汎ク臣民ノ自由ハ是ヲ制限スルコトヲ得ストノ原則アリテ其制限シ得ル場合ヲ例示シ若之ヲ制限スルニハ常ニ法律ナル形式ヲ以テスヘシト謂ヘルトハ全然異ナルコトヲ注意スヘキナリ即我國法上ニ於テハ警察權ハ常ニ必シモ法律ノ根據ヲ要スルモノニ非スシテ唯特種ノ場合ニ例外トシテ之ヲ要スルノ警察權ハ作用ハ一般ハ行政ハ作用ニ於ルカ如ク法規及處分トシテ現ハル抑法規ヲ制定スル國家ノ作用

ハ之ヲ他ノ國家ノ作用ト區別シテ獨立セル立法機關ヲシテ之ヲ行ハシムルコト立憲政體ノ根本思想タル三權分立說ノ理想トスル所ナリ即民選議會ヲシテ專立法ノ機關タラシムルハ三權分立說ノ其初ニ豫期シタル所ナリトス然レトモ法規ヲ制定スルコトハ悉民選議會ヲシテ行ハシムルハ少ク實際上政治ノ運用ニ於テ極テ不便ナリ何トナレハ一般ニ法規ノ制定ト見ルヘキ作用ハ如何ニ輕微ナル事項ト雖一議會ノ議決及之ニ伴フ鄭重ナル手續ニ依ラサルヘカラストモ實際ニ於テ行政ハ滯滯スルニ至ルヘシ故ニ諸國ノ立憲政體ノ憲法ハ三權分立ヲ以テ其精神ト爲シツツ而モ之ヲ嚴格ニ貫クコトナク或範圍ニ於テ行政機關ノ立法權ヲ認メタリ然レトモ歐洲大陸諸國ノ憲法ハ其法文ノ上ニ於テハ總テ法規ノ制定ハ獨リ議會ノミ之ヲ爲シ得ルモノトシ少クモ之ヲ原則トセリサレトモ法律ヲ以テ社會百般ノ事項ヲ豫想シ少シモ遺漏ナキハ事ノ實際ニ於テ到底之ヲ期スヘカラス爲ニ如此憲法ノ規定ヲ嚴格ニ貫クキハ行政ノ實效ヲ舉グルニ道ナキニ至ラントス於是乎此等ノ憲法ヲ解スル者ハ斯ル憲法ノ規定ハ決シテ行政機關ノ立法ヲ全然禁止スルモノニ非ス法律自身ヲ以テ行政機關ニ法規ヲ制定スル權限ヲ與フルトキハ其法律ノ委任ニ據テ行政機關カ法規ヲ定ムルコトヲ得ルモノナリト言ヘリ其理由ニ曰ク憲法ハ立法ハ總テ議會ニ於テ之ヲ制定スヘシト爲セトモ社會百般ノ錯綜セル事項カ一切遺ルコトナク法律ヲ以テ定ムルコトヲ得行政機關ハ唯之カ實行ヲ爲セハ以テ行政ノ目的ヲ達スルコトヲ得ト云フカ如キ實行シ難キコトハ憲法ノ希望スル所ニ非ス憲法カ立法ハ總テ議會ニ於テ爲スヘシト謂ヘルハ固ヨリ法律ノ委任ヲ以テスレハ行政機關ニ於テ立法スルモノ亦妨クル所ニ非ストスルノ意思ナルコト明ナリ法律ノ委任ニ據テ行政機關カ立法ヲ爲スハ等シク法律ヲ以テ立法スル一方法ト見ルヘクシテ法律ノ委任ハ斯ル憲法ノ規定ニ違反スルモノニ非ス加之如此解スルニ非スシハ行政ヲシテ實行スルニ由ナキニ至ラシム

ルモノナリト此等學者ノ解釋ハ三權分立ノ思想ヲ嚴格ニ墨守シテ實際上非常ナル不便ヲ來スニ至ルコトヲ忘レタル憲法ノ規定ヲ實際ノ必要ニ適合セシメントシタルモノニシテ此憲法ノ規定ヲ實際ニ運用セントスレハ此解釋ヲ爲スモ亦止ムヲ得サルコトト謂フヘシ然レトモ法律ヲ解スル者ハ政治上ノ必要ノ爲ニ論理ノ指ス所ヲ枉タルコトヲ得ス憲法カ法規ノ制定ハ法律ノ形式ヲ以テスルモ可ナリトキハ何等ノ意味ナキコトヲ解シテ法律ノ委任アラハ法律ニ非サル形式ヲ以テスルモ可ナリトキハ何等ノ意味ニシテ法律以外ノ爲然ラハ則此規定ハ法律以外ノ形式ヲ以テ濫ニ法規ヲ制定スルコトヲ得ストノ意味ニシテ法律以外ノ形式ヲ以テ法規ヲ制定スルハ直接ニ此規定ニ違反スルモノト解スルハ理ノ當然ナリ我國憲法ハ憲法ノ制定者カ諸國ノ憲法ノ規定カ究屈ニ過キ微妙ナル解釋ヲ以テスルニ非サレハ實行スルコト能ハサルニ鑑ミ憲法ノ明文ヲ以テ立法權ハ獨リ帝國議會ノ專ニスル所ニ非サルコトヲ定メタリ即憲法第九條ヲ以テ行政機關ノ廣汎ナル立法權ヲ認メタリ此規定ハ實際ノ不便ノ爲ニ理論ヲ枉クルニ至リタル歐洲諸國ノ憲法ノ弊ヲ矯メタルモノニシテ憲法制定者ノ用意ノ存スル所ナリ然ルニ我國ノ憲法ヲ論スル者動モスレバ歐洲諸國ノ憲法ヲ論スル者ニ倣テ法律ノ委任ナルコトヲ論シ立法ノ局ニ當ル者モ亦廢法律ヲ以テ命令ニ委任スルコトヲ敢テセリ然レトモ我國ニ在テハ行政機關ハ法律ノ委任ヲ俟タス憲法第九條ノ定ムル所ニ據テ公共ノ安寧ヲ保持シ臣民ノ幸福ヲ増進スルカ爲メ法規ヲ制定シ以テ人ノ自由ヲ制限スルコトヲ得ルナリ則此規定ニ據テ行政機關ハ立法權即命令ヲ發スル權ヲ有ス然レトモ如何ナル機關カ如此命令ヲ發スルコトヲ得ルカハ官廳ヲ設置シ其職務權限ヲ定ムル所ノ官制ニ依ラサルヘカラス即官制ニ依テ命令ヲ發シ得ル權限ヲ與ヘラレタル官廳ハ立法權ヲ有スルモノトス故ニ行政機關ノ法規ヲ定ムル權即命令ヲ發スル權限ハ明ニ官制ヲ以テ與ヘラレサルヘカラス又官制ノ定ムル所ニ依テ明ニ之

ノ控訴人ノ意思表示ナルコトニ同ク又附帶控訴ノ申立カ附帶控訴提起ニ必要ナル成分ニ非サルコトハ控訴ノ申立カ控訴申立ニ必要ナル成分ニ非サルコトニ同シ(四〇五條)附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ル四〇六條(附帶控訴ヲ爲シ)四〇一條)而シテ附帶控訴ヲ爲ス旨ノ意思表示ハ明示ヲ要セス默示ヲ以テ足レリトス蓋被控訴人カ附帶控訴ヲ爲ス旨ノ意思ヲ裁判所及相手方ニ確實ニ認識セシムルニ依リテ附帶控訴ノ提起タルニ足レハナリ又斯ル意思ハ之ヲ副位的ニ表示スルコトヲ得換言スレハ被控訴人ハ控訴ヲ不適法トシテ若クハ理由ナレトシテ棄却スヘキ判決ヲ求ムル旨ノ申立ヲ採用セラレサル場合ニ控訴ノ目的タル第一審ノ判決ヲ自己ノ利益ニ變更スヘキ判決ヲ求ムル旨ノ申立ヲ採用セラレサル場合ニ控訴ハ審理ヲ開始スル獨立ノ申立ニ非ス隨テ訴若クハ控訴ニ付副位的提起ヲ許ササル旨ノ法則ハ附帶控訴ノ提起ニ付適用ナキモノナレハナリ同一ノ理由ニ依リ附帶控訴ヲ爲ス旨ノ意思ハ之ヲ條件附ニテ表示スルコトヲ得換言スレハ被控訴人ハ或條件ノ成就スル迄附帶控訴ノ申立ヲ爲スコトナクシテ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得唯斯ル場合ニ於テハ條件ノ成就スルニ際シ被控訴人カ已ニ口頭辯論ノ終結ニ依リ附帶控訴ノ申立ヲ爲スコト能ハサリシトキニ非サルトキニ限り附帶控訴ノ實效アルノミ隨テ口頭辯論ノ終結迄ニ條件カ成就セサルトキハ附帶控訴ヲ實體上理由ナシトシテ棄却セサルヘカラス

第三、法定ノ時間ニ關スル要件トシテハ附帶控訴ハ之ヲ控訴裁判所ニ於テ口頭辯論ノ開始後判決ニ接著スル辯論ノ終結ニ至ル迄ニ提起スルコトヲ要ス(控訴ノ如ク一定ノ不變期間ニ拘束セラルコトナシ)蓋判決ニ接著スル辯論ノ終結後ハ控訴ニ關スル辯論ヲ利用スルコト能ハサルヲ以テナリ控訴裁判所カ一部判決ヲ爲シタルトキハ之ニ因テ終結シタル請求ニ付附帶控訴ヲ爲スコトヲ得サルヤ

明白ナリ然レトモ控訴裁判所ノ判決ハ上告裁判所ニ於テ破毀セラレ且事件カ同裁判所ヨリ差戻サレタル場合ニ於テハ被控訴人ハ更ニ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得何トナレハ破毀ノ結果トシテ訴訟カ上告ヲ以テ不服ヲ申立テタル控訴裁判所ノ判決ノ言渡ナキ狀態ニ復スルヲ以テナリ(隨テ上告裁判所ニ於ル辯論ハ差戻以後控訴裁判所ニ於ル辯論ト一體ヲ成スモノナリトノ理由ヲ以テ反對ニ論結スルハ失當ナリト謂ハサルヲ得ス)附帶控訴人ハ其申立ヲ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結ニ至ル迄適法ニ變更スルコトヲ得ルヤ言フ俟タス(要件)

(乙) 獨立の附帶控訴 獨立の附帶控訴トハ被控訴人カ其控訴期間内ニ於テ提起シ且獨立ノ控訴ト看做サルヘキ附帶控訴ニ外ナラス(四〇六條二項、民訴案四四五條二項(意義))

該控訴モ亦通常ノ控訴ト同ク適法ナルカ爲ニハ法律上許スヘキモノナルコト及法定ノ方式ニ從ヒ期間内ニ提起シタルモノナルコトヲ要ス

第一 附帶控訴ノ許可ニ關スル要件トシテハ附帶控訴ハ之ヲ被控訴人カ控訴人ノ攻擊シタル第一審ノ判決ニ對シテ爲シタルモノナルコトヲ要ス其說明ハ前述シタルモノト同一ナルヲ以テ茲ニ之ヲ省略ス

第二 法定ノ方式ニ關スル要件トシテハ被控訴人カ控訴期間内ニ於ル相手方ノ控訴ニ關スル口頭辯論期日ニ於テ(二〇三條)其控訴ニ附帶シ控訴ヲ爲ス旨ノ意思ヲ表示スルコトヲ要セス控訴期間内ニ附帶控訴ヲ爲ス旨ノ意思ヲ表示シタル書面ヲ相手方ニ送達シ且爾後相手方ノ控訴ニ關スル口頭辯論期日ニ於テ其控訴ニ附帶シ控訴ヲ爲ス旨ノ意思ヲ表示スルヲ以テ足レリトス蓋被控訴人ノ控訴期間内ニ於テ相手方ノ控訴ニ關スル辯論期日ヲ開始スルハ甚稀有ノ事實ナルヲ以テ(二〇三條)第四〇〇條第二項ノ適用ハ之ヲ被控訴人ノ控訴期間内ニ於ル相手方ノ控訴ニ關スル辯論期日ニ於テ附帶控訴ヲ爲ス旨ノ意思ヲ表示シタル場合ニ限定スルモノナリト解セハ該規定ハ殆其實用ナキニ至ルヘシ隨テ獨立ノ控訴ト看做サルヘキ附帶控訴ニ關シテハ被控訴人ノ控訴期間内ニ於テ附帶控訴ヲ爲ス旨ノ意思ヲ表示シタル書面ヲ控訴人ニ送達シ爾後相手方ノ控訴ニ關スル口頭辯論期日ニ於テ附帶控訴ノ意思ヲ表示スルヲ以テ足レリト謂ハサルヲ得サレハナリ然レトモ之カ爲ニ被控訴人カ控訴期間内ニ於テ相手方ニ送達シタル附帶控訴ヲ爲ス旨ノ意思ヲ表示シタル書面ハ之ヲ訴狀若クハ控訴狀ト同ク附帶控訴提起ノ效力ヲ有スル書面ナリト速斷スヘカラス該書面ハ第四〇六條第二項ノ效力ヲ保全スルノ效力ヲ有スルニ止ル準備書面タリ隨テ被控訴人ハ爾後控訴人ノ控訴ニ關スル辯論期日ニ於テ附帶控訴ヲ爲ス旨ノ意思ヲ表示スルニ非サレハ附帶控訴カ成立スルコトナシ獨立の附帶控訴ハ法律上之ヲ獨立ノ控訴ト看做スヘキモノナルヲ以テ副位的又ハ條件附ニ之ヲ提起スルコトヲ得サルヤ當然ナリ

第三 法定ノ期間ニ關スル要件トシテハ被控訴人其控訴期間内ニ附帶控訴ヲ爲スコトヲ要ス蓋被控訴人カ其控訴期間内ニ於テ適法ニ爲シタル附帶控訴ニ非スンハ通常ノ附帶控訴ト同一ノ保護ヲ與フルノ必要ナクナリ換言スレハ斯ル附帶控訴ニ非サレハ之ヲ第一審ノ判決ニ付到底被控訴人ノ満足セサル旨ノ意思表示ト認ムルニ足ラサレハナリ(要件)

(三) 消滅 被控訴人ノ有スル附帶控訴權ハ控訴權ノ行使ト同シク被控訴人ノ自由處分ニ屬スルモノナリ故ニ被控訴人ハ附帶控訴權ノ拋棄、附帶控訴ノ取下及法定期間ノ懈怠ニ因テ當然附帶控訴權ヲ喪失ス從屬の附帶控訴ハ控訴ノ取下又ハ控訴ヲ不適法トシテ棄却スル旨ノ判決ニ因テ其效力ヲ喪失ス蓋從

屬の附帶控訴ハ控訴ノ成否ト其運命ヲ共ニスルモノナレハナリ控訴人カ其控訴ヲ口頭辯論開始前ニ取下ケタルキハ(三九條)控訴ニ關スル口頭辯論ナキヲ以テ被控訴人附帶控訴ヲ爲スヲ得ス控訴人カ其控訴ヲ口頭辯論開始後被控訴人ノ承諾ヲ經テ取下ケタルトキハ其承諾ニ依リ被控訴人カ其一旦提起セシ附帶控訴又ハ附帶控訴ヲ申立ツヘキ權利ニ付拋棄ヲ爲シタルモノト爲ルヲ以テ被控訴人ノ申立テタル附帶控訴ハ其效力ヲ喪失ス(被控訴人カ附帶控訴ニ關スル權利ヲ留保シテ爲シタル控訴ノ取下ニ關スル承諾ハ其效ナシ)被控訴人カ控訴ノ取下ニ付承諾ヲ爲ササルトキハ控訴手續ヲ進行シ之ト同時ニ提起アルタル附帶控訴ノ手續ヲ進行シ又ハ被控訴人ヲシテ爾後附帶控訴ヲ申立フルコトヲ得セシム又控訴裁判所カ控訴ヲ不適法トシテ棄却スル旨ノ判決ヲ爲シタルトキハ(四一九條)控訴ニ關スル口頭辯論ナキヲ以テ被控訴人附帶控訴ヲ申立フルコトヲ得ス(控訴裁判所カ控訴ヲ理由ナシシテ棄却スル旨ノ判決ヲ爲シタルトキハ(四二四條)一旦提起アリタル附帶控訴ハ其效力ヲ存續シ控訴人カ請求ヲ拋棄シタルトキ及控訴人カ附帶控訴提起後ニ於ル口頭辯論期日ニ出頭セタルカ爲ニ控訴棄却ノ闕席判決ヲ爲シタルトキモ亦然リ)反之獨立の附帶控訴ハ控訴ノ取下若クハ控訴ヲ不適法トシテ棄却スル旨ノ判決ニ因リ其效力ヲ喪失スルコトナシ故ニ控訴ノ爲ニ指定シタル辯論期日ニ於テ通常ノ手續ニ從テ審判ヲ爲ス(四〇六條)民事訴訟法四四五條)

被控訴人ハ其控訴期間ヲ経過シタル事實及自己ノ控訴權ノ拋棄並ニ自己ノ控訴ノ取下ニ因テ附帶控訴權ヲ喪失スルコトナシ是被控訴人ノ爲ニ附帶控訴權ヲ認メタル法意ヨリ生スル當然ノ結果ナリ(四〇五條一項)殊ニ控訴ノ拋棄ハ通常「相互」ノ前提ノ下ニ於テ之ヲ爲スモノナレヲ以テ附帶控訴ノ拋棄ヲモ包含スト云フコトヲ得ス又控訴ノ取下ハ其性質上控訴ノ拋棄ヨリ其效力ノ嚴酷ナルヘキ特別ノ理由

ナキヲ以テ第四〇五條第一項ニ於テ單ニ「自己ノ控訴ヲ拋棄シタルトキ」ノ明文アルニ止ルカ爲ニ控訴ヲ取下ケタル控訴人ハ相手方ノ控訴ニ關シ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得サルモノト論結スルコトヲ得ス(四)手續 附帶控訴ノ懈怠手續ニ關シテハ民事訴訟法四二八條及第四二九條ノ規定ノ準用アリ(民事訴訟法四四條)故ニ附帶控訴ヲ申立タル被控訴人カ辯論期日ニ出頭セサルトキハ控訴人ノ申立ニ因リ附帶控訴ノ申立棄却ノ闕席判決ヲ言渡シ(民事訴訟法四二八條)又控訴人カ辯論期日ニ出頭セサルトキハ附帶控訴ヲ申立タル被控訴人ノ申立ニ因リ附帶控訴ヲ是認スル闕席判決ヲ言渡ス(四二九條)但附帶控訴不適法ナルトキハ附帶控訴ノ申立ヲ不適法トシテ棄却スル旨ノ判決ヲ爲シ闕席判決ヲ爲スコトヲ得ス蓋闕席判決ハ本案判決ニシテ又本案判決ハ訴訟條件完備スル場合ニ非サレハ之ヲ爲スニ熟セサルモノナレハナリ又控訴不適法ナルトキハ從屬の附帶控訴ノ申立ヲ不適法トシテ棄却スルノ判決ヲ爲シ闕席判決ヲ爲スコトヲ得ス蓋從屬の附帶控訴ハ控訴ヲ不適法トシテ棄却スル判決ニ因テ法律上當然其效力ヲ失フヲ以テナリ(四〇六條)他ノ附帶控訴手續ハ控訴手續ニ同シ故ニ茲ニ之ヲ贅セス

第二章 上告

(一) 上告ノ性質 上告ハ第二審裁判所ノ判決ニ對スル上訴ナリ換言スレハ第二審裁判所カ爲シタル未確定ノ終局判決又ハ上訴ニ關シ終局判決ト看做スヘキ未確定ノ中間判決ニ對シテ不服アリ當事者カ第三審裁判所ニ對シテ斯ル判決ノ違法ノ有無ヲ調査シ且之ヲ自己ノ利益ニ變更スヘキ旨ノ訴訟的法律保護ヲ求ムル方法ナリ

(1) 上告ハ第二審裁判所ノ判決ニ對スル不服申立ノ方法ニシテ當事者カ第三審裁判所ニ對シテ之ヲ爲

スモノナリ故ニ當事者ト第三審裁判所トノ關係ニ在テハ上告ハ當事者カ第三審裁判所ニ對シ訴訟上ノ保護ヲ求ムル方法ナルコト固ヨリ當然ナリ又上告ハ第二審裁判所ノ判決カ法則ニ違背シタルコトヲ理由トスルトキニ限リ該判決ニ對シテ爲スコトヲ得ヘキ不服申立方法ナリ我民訴及獨民訴ニ在テハ原則トシテ法律保護ノ目的ヲ達スルカ爲ニハ同一ノ事件ニ付當事者ヲシテ適法ノ手續ニ從ヒ第一審裁判所及第二審裁判所ニ於テ裁判ヲ受クルコトヲ得ヘキ權利ヲ認ムルヲ以テ足レリトシ第二審裁判所ノ判決ニ對シ更ニ不服ヲ申立ツコトヲ得セシメス唯例外トシテ法律上正當ナル判決ヲ受クル當事者ノ利益ト法律ノ解釋ヲ統一スル國家ノ利益トニ基キ當事者ヲシテ第二審裁判所ノ判決カ法則ニ違背シタルコトヲ理由トスルトキニ限リ該判決ニ對シ第三審裁判所ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得セシムルノミ而シテ該不服申立方法ハ即上告ナリ如此上告ハ控訴ト同ク下級裁判所ノ判決ニ對スル不服申立方法ニシテ又控訴ト異ニシテ下級裁判所ノ判決ニ法則違背アルコトヲ不服ノ理由ト爲スノ制限ヲ受クルモノナルヲ以テ獨逸ノ多數ノ學者ノ主張スルカ如ク之ヲ法律の控訴 (Rechtsberufung) ト云フヲ學理上至當ナリトス(獨逸ニ於テハ上告ハ第三審裁判所即上級裁判所ニ對シテ爲ス控訴ナリトノ觀念ニ基キ之ヲ上級控訴即 (Oberberufung) ト云フ學者アリ參考ノ爲ニ一言ス) 隨テ上告ハ佛民訴ニ認メタル上告(破毀ノ申立)即當事者ノ利益ノ爲ニ判決ノ當否ヲ調査セシメテ公益上該判決カ法律ニ違背シタルヤ否ヤヲ調査スル非常上訴ト其性質ヲ同クセス以上論述スルカ如ク上告ハ法律の控訴ナリ故ニ上告ノ申立ニシテ法定ノ要件存スル限リハ(四三九條)第三審裁判所ハ不服ヲ申立テラレタル第二審裁判所ノ判決ノ當否ヲ調査シ且若シ該判決ヲ不當ナリト認メタルトキハ之ヲ變更スルノ職權ヲ有シ又其職務ヲ負フスル職務ヲ負フ第三審裁判所ヲ上告裁判所ト稱シ第二審裁判所カ地方

裁判所ナルトキハ控訴院カ又控訴院ナルトキハ大審院カ事物ノ管轄權ヲ有シ又第一審裁判所所在地ヲ管轄スル控訴院カ土地管轄權ヲ有ス大審院ハ唯一ノ法衙ナルヲ以テ各控訴院カ言渡シタル判決ニ對スル上告ニ付土地ノ管轄權ヲ有スルヤ當然ナリ(裁審三七條第二、五〇條第一)如此上告裁判所ハ法律上斯ル職權ヲ負フヲ以テ當事者ハ上告裁判所ニ對シ上告權ヲ有スルヤ當然ナリ(三九七條)上訴權……此上告權ハ控訴權ト同ク形式及實體の二意義ヲ有ス形式の上告權ハ當事者カ上告裁判所ニ對シテ其上告申立ニ付テノ調査及裁判ヲ求ムルコトヲ目的トスル權利ニシテ實體の上告權ハ當事者カ其上告申立ニ適スルカ如クニ不服ヲ申立テタル控訴裁判所ノ判決ヲ破毀セシムルコトヲ目的トスル權利ナリ而シテ上告提起ニ依リ上告裁判所ハ先形式の上告權ノ當否ヲ調査シ之ヲ正當ト認メタル後ニ實體の上告權ノ當否ヲ調査スルコト控訴ニ付説明シタル所ニ同シ故ニ當事者ト上告裁判所トノ關係ヲ一言スレハ當事者ハ上告裁判所ニ對シ上告權ヲ有スト云フコトヲ得ヘシ(當事者ト上告裁判所トノ關係)(2)上告ハ法律の控訴ナリ故ニ第三審裁判所ハ控訴裁判所ノ裁判カ法律ニ違背シタルヤ否ヤヲ調査スルノ職權ヲ有スルニ止リ事實ノ認定ヲ誤リタルヤ否ヤヲ調査スルノ職權ナシ隨テ當事者ハ控訴裁判所カ爲シタル事實ノ認定カ不當ナルコトヲ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ス又新事實及新證據方法ヲ上告審ニ於テ提出スルコトヲ得ス唯例外トシテ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタルコトヲ上告ノ理由トシ又ハ法律ニ違背シテ事實ヲ確定シ若クハ遺脱シ若クハ提出シタリト看做シタルコトヲ上告ノ理由トスルトキニ限リ其事實及其之ニ關スル證據方法ニ限リ上告理由ノ説明トシテ提出スルコトヲ得ルノミ(四三八條、四四六條)如此上告ハ法律上ノ問題ニ關シ控訴裁判所ノ判決ノ當否ヲ調査シ事實上ノ問題ニ關シテ之カ當否ヲ調査セサルヲ以テ上告ハ其性質上第二審裁判所ノ

口頭辯論ノ續行ニ非スシテ反テ單ニ第二審裁判所ノ判決ヲ爲ス時期ハ繼續ナリト謂ハサルヘカラス
蓋上告裁判所ノ職權ハ控訴裁判所カ爲シタル判決ノ法律上ノ價值ヲ判斷スルニ過キサルナリ又上告
ハ法律的控訴即法律問題ニ制限セラレタル通常ノ不服申立方法ナルヲ以テ抽象的ニ法則ノ説明ヲ爲
スヲ目的トセスシテ反テ事件ニ關スル裁判ノ調査及其變更ヲ爲スヲ目的トス唯事件ニ付裁判ヲ爲ス
ニ點セサルトキニ限リ第二審ノ判決ヲ破毀スルモ變更スルコトナキノミ故ニ第二審裁判所ト第三審
裁判所トノ關係ヲ一言スレハ第二審裁判所ノ確定シタル事實ハ第三審裁判所ニ於テ裁判ノ標準ニシ
タ又第二審裁判所ノ判決ハ第三審裁判所ニ於テ調査ノ目的ナリト謂フヘシ(第二審裁判所ト第三審
裁判所トノ關係)(3)上告ハ第二審裁判所ノ判決ニ對スル不服申立方法ニシテ其判決ハ原則トシテハ
終局判決ニシテ例外トシテハ特種ノ中間判決ナリ(二〇七條二項、二二八條二項、四九一條三項)而シ
テ同一ノ訴訟ニ於テ順次又ハ同時ニ數多ノ上告ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ各上告ハ互ニ獨立セ
ルモノナルヲ以テ甲上告ハ之ヲ乙上告ニ關係ナク審判セサルヘカラス但其併合ヲ妨ケス(前述説明
參照)(上告ト上告トノ關係)

(二) 上告權ノ行使 上告權ヲ行使スルト否トハ當事者ノ自由ニ決スル所ナリ然レトモ上告權ヲ行使セ
ント欲スル當事者ハ控訴權ノ行使ニ於テ同シク法律上一定セル適法要件ヲ充實セシメサルヘカラス
而シテ上告ハ法律的控訴ナルコト前述ノ如シ故ニ上告カ適法ナルニハ控訴ノ適法要件ト同一ノ要件即
上告ヲ許スヘキコト上告カ法定ノ方式ニ從ヒタルコト及上告カ法定期間内ニ提起セラレタルコトノ三
要件ノ外ニ尚上告カ法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ理由トスルヲ要ス此要件ノ存否ハ何レモ裁判所
カ職權ヲ以テ調査スヘキノナリ(四三九條、四三二條、四三四條、民事訴訟法四七六條、四六七條乃至四六

九條)左ニ之ヲ分説スヘシ

(1) 上告ノ許可ニ關スル要件 上告ハ之ヲ當事者カ第二審ニ於テ爲シタル終局判決及上訴ニ關シ終局
判決ト看做スヘキ中間判決ニ對シテ提起シタルトキニ限リ許スヘキノト爲ル(四三二條)民事訴訟法
六七條(甲)上告ハ第二審ノ判決ニ付利害關係ヲ有スル當事者ノ爲ニ又ハ之ニ對シテ爲スコトヲ得然
レトモ期日ヲ懈怠シタル當事者ハ關席判決ニ對シテ上告ヲ爲スコトヲ得又ハ上告ノ當事者ニ關シ
テハ控訴ノ當事者ニ關スル説明ヲ參照スヘシ主觀的要件(乙)上告ハ第二審ニ於テ爲シタル終局判決
及終局判決ト看做スヘキ中間判決ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得故ニ(1)第一審ニ於テ爲シタル判決ニ對
シテハ上告ヲ爲スコトヲ得又ハ第二審ニ於テ爲シタル判決ニ對シテハ唯控訴ヲ以テ不服ヲ申立タルコトヲ得ルノミナ
レハナリ然レトモ第二審ニ於テ爲シタル判決ニ對シテハ第二審裁判所カ地方裁判所ナルト又ハ控訴
院ナルトノ區別ヲ問ハスシテ上告ヲ爲スコトヲ得ルモノタリ隨テ當事者ハ控訴裁判所カ本案ノ裁判
所トシテ控訴審ニ於テ申立テラレタル假差押及假處分ニ付爲シタル判決(七六二條、七五七條、七三
九條、七四二條、七四五條)及控訴裁判所カ再審ノ訴ニ付爲シタル判決(四七二條、四八二條)ニ對シテ
上告ヲ爲スコトヲ得但控訴裁判所カ抗告裁判所トシテ差押及假處分ヲ命シタル判決並ニ假差押及假處
分ヲ認可シタル判決(七四二條、七四五條)ニ對シテ上告ヲ爲スコトヲ得又東京控訴院カ第一審裁判所
トシテ爲シタル判決ニ對シテモ亦然リ(裁權三八條)(b)上告ハ第二審ニ於テ爲シタル判決ニ對シテ之
ヲ爲スモノナルヲ以テ未言渡ナキ判決ニ對シテハ上告ヲ爲スコトヲ得又(三三五條)隨テ當事者ハ控
訴裁判所カ一分判決ヲ爲シタル場合ニ於テハ其未判決ナキ部分ニ付上告ヲ爲スコトヲ得又控訴裁
判所カ併合シタル數多ノ控訴中ノ甲ニ付單ニ裁判ヲ爲シタル場合ニ於テハ其他ノ乙ニ付上告ヲ爲スコ

ト得ス又控訴裁判所カ裁判ヲ爲スニ際シ遺脱シタル部分ニ關シテハ補充判決ヲ申立ツルコトヲ得ルニ止リ上告ヲ爲スコトヲ得ス(四)上告ハ第二審裁判所ノ爲シタル判決ニ對シテ之ヲ爲スモノナルヲ以テ當事者ハ控訴裁判所カ爲シタル決定者クハ命令ニ對シテ上告ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ終局判決前又ハ終局判決ト看做スヘキ中間判決前即此等ノ判決ノ基本ト爲リタル決定及命令ニ對シテハ法律上別段ノ方法ニ依リ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルモノニ非サル限リハ上告スルコトヲ得ヘキ判決ト共ニ攻撃スルヲ得ルコト控訴ノ要件ニ於テ説明シタル所ニ同シ(四三三條、三九七條民事訴訟法四八六條第二(四)上告ハ第二審ニ於テ爲シタル終局判決及終局判決ト看做スヘキ中間判決ニ對シテハ上告ヲ爲スコトヲ得ルモノナルヲ以テ當事者ハ第二審ノ中間判決ニ對シテハ上告ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ終局判決前又ハ終局判決ト看做スヘキ中間判決ニ爲シタル中間判決ニ對シテハ上告ヲ爲スコトヲ得ヘキ判決ト共ニ之ヲ攻撃スルコトヲ得ルコト控訴ノ要件ニ於テ説明シタル所ニ同シ(四三三條、三九七條、二〇七條、二二八條、四九一條、民事訴訟法四八六條第二(四)上告ハ第二審ノ終局判決ニ對シテ之ヲ爲ス其判決ノ全部ナルト一部ナルト又其理由カ訴訟上ノ理由ニ基クト實體上ノ理由ニ基クトノ區別ハ法律ノ間ハサル所ナリ然レトモ例外トシテ訴訟費用ノ點ニ限リタル判決及關席判決ニ對シテハ上告ヲ爲スコトヲ得ス但故障ヲ許ササル關席判決ニ對シテハ懈怠ナカリシコトヲ理由トシテ上告ヲ爲スコトヲ得(八二條、四五四條第一、三九八條民事訴訟法一〇一條、四八六條第一、準用トシタルハ上告ハ第二審裁判所カ關席判決ヲ爲スニ際シ法律ニ違背シタルコトヲ理由トスルトキニ限り許スヘキモノナルヲ以テナリ)

(四)法定ノ方式ニ關スル要件 上告ノ提起ハ控訴ノ提起ト同シト上告狀ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス

(四三八條一項、民事訴訟法四七三條一項)上告ノ提起ニ斯ル行爲ヲ要スル理由ハ控訴ノ提起ニ於ルト同ナリ上告狀ニ記載スヘキ事項ニハ控訴狀ニ記載スヘキ事項ト同シト必要ノ成分ト準備ノ成分トノ二者アリ

(甲) 必要ノ記載事項 當事者ハ必要ノ成分タル記載事項トシテ第一ニ上告セラレタル判決ヲ表示シ第二ニ該判決ニ對シ上告ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ掲ケサルヘカラス蓋此等ノ事項ハ當事者カ上告人トシテ爭フ意ヲ表示スルニ必要ナルモノナレハナリ隨テ上告狀ニ記載ヲ缺クトキハ上告提起ノ效力ヲ發生セシメス

(乙) 準備ノ記載事項 當事者ハ準備ノ成分タル記載事項トシテ準備書面ニ記載スヘキ事項ヲ掲クヘシ殊ニ第一ニ上告ノ申立即如何ナル程度ニ於テ不服ナルヤ及如何ナル程度ニ於テ破毀ヲ爲スヘキヤノ申立ヲ掲クヘシ而シテ上告ノ申立ハ控訴ノ申立ト同シト口頭辯論準備ノ爲ニ上告狀ニ掲タルニ過キサルヲ以テ上告人ヲ羈束スルノ力ナシ故ニ上告人ハ爾後該申立ヲ變更シ又ハ之ヲ擴張スルコトヲ得ヘシ但上告權ヲ拋棄シタル部分ニ關シテハ此限ニ在ラス第二ニ上告ノ理由ヲ掲クヘシ但實體法及訴訟法ノ法則違背ヲ上告ノ理由ト爲ストキハ其違背シタル法則ノ表示、訴訟手續ニ付テノ規定ノ違背ヲ上告ノ理由ト爲ストキハ尙其欠缺ヲ明ニスル事實ノ表示(訴訟ノ手續ニ付テノ規定ノ違背ヲ明ニスル事實ノ表示ハ第四三六條ニ規定シタル事項其他官署シテ訊問スヘキ證人ヲ宣誓セシテ訊問シタルカ如キ手續ノ法則ニ違背シタル事實ノ表示タリ)又實體法及訴訟法ニ違背シタル事實ヲ確定シ若クハ遺脱シ若クハ提出シタルト看做シタルコトヲ上告ノ理由ト爲ストキハ尙其欠缺ヲ明ニスル事實(違法ナル事實ノ確定トハ實體法及訴訟法殊ニ民法一八八條一項、七四八條二項)證據法及解釋法

ニ違背シテ確定シタルヲ謂フ例之或事實ヲ證據法ニ違背シテ證明セラレタルモノトシテ若クハ證明セラレタルモノトシテ確定セラレタルカ如シ裁判所ノ自由判斷ニ屬スヘキ事實ハ假令法則ニ違背シテ確定セラレタルモノナリト雖上告ノ理由ト爲ラス、違法ナル事實ノ遺脱ハ違法ニ即調書ノ内容ニ反シテ判決ノ事實ニ於テ當事者カ口頭辯論中ニ供述シタル事實ヲ斟酌セザルヲ謂フ(二三條、二六八條)但遺脱シタル事實カ法律上重要ナラサルトキハ上告ノ理由ト成テ違法ニ提出セザル事實ヲ提出シタルモノト看做シタルコトトハ違法ニ即調書ノ内容ニ反シテ判決ノ事實ニ於テ當事者カ口頭辯論中ニ供述セザル事實ヲ供述シタルモノト看做シ且判決ニ於テ判斷ノ材料ニ供シタルヲ謂フ例之調書ニ於テ自シタルモノト記載セラレタル事實ヲ判決ノ事實ニ於テ爭ハレタルモノトシテ指示セラレタルカ如キ是ナリ)ヲ掲クルヲ以テ足レリトシ其他ノ事項ハ之ヲ掲クルノ要ナシ而シテ法律ノ適用ハ裁判所ノ職權ニシテ隨テ又當事者カ表示シタル上告ノ理由ハ裁判所ヲ羈束スルモノニ非サルヲ以テ上告人ハ爾後上告狀ニ掲ケタル上告ノ理由タル法則ノ違背ニ關スル主張ヲ口頭辯論ニ於テ變更シ補充シ又ハ之ヲ止メ(上告ノ申立ハ反之止ムルコトヲ得サルハ明白ナリ)又其不服申立ヲ確實ナラシムルカ爲ニ控訴裁判所ノ判決ノ攻擊ニ關スル論點ヲ口頭辯論ニ於テ明瞭ナラシムルコトヲ得又裁判所ハ事件ヲ明瞭ナラシムルカ爲ニ控訴裁判所ノ判決ニ存スル法則違背カ辯明セラレザル旨ヲ注意シ且上告人ノ主張シタル論旨ヲ理由ナシト認ムルモ他ノ理由ニ因リ控訴裁判所ノ判決カ法律ニ違背セリト認ムル場合ニ於テ該判決ヲ破毀スルコトヲ得(四五條)……申立ノミニ付キ……(但上告ノ理由カ訴訟手續ノ欠缺ナル場合ニ於テハ上告人ハ其之ニ關スル意見ヲ陳述シ且其意見ノ正當ナルコトヲ明ナラシムルカ爲ニ前述ノ如ク事實ヲ表示シ上告裁判所ハ控訴同一ノ手續ニ從テ之カ判

決ヲ爲ス蓋此種ノ欠缺存在ハ法則ニ違背シタル事實ニ依テ明白ナラシムルコトヲ得ヘキモノナレハナリ(四三八條、四四六條、民訴案四七四條、四八〇條二項)如此上告ノ申立及其理由ノ表示ハ準備的

(3) 記載事項タルニ過キサルヲ以テ之ヲ缺クモ上告提起ノ效力ヲ妨クルモノニ非ス

上告期間ニ關スル要件 上告ハ第二審判決ノ送達ヲ以テ始ル一ヶ月ノ不變期間内ニ提起スルトキニ限り適法ナルコト控訴ノ提起ニ同シ故ニ第二審判決ノ送達前ニ提起シタル上告ハ其效ナシ(第二審判決ノ送達ト同時ニ提起シタル上告亦然リ何トナレハ判決ノ送達ヲ以テ始ル不變期間内ニ提起シタルモノト云フコトヲ得サレハナリ(獨逸民訴ハ明文ヲ以テ同時ノ提起ヲ認シタリ)(四三七條、民訴案四七二條)但控訴ト異ニシテ補充判決ノ言渡カ上告期間ノ進行ヲ妨ケサルモノナリ蓋第四〇〇條第二項ノ上告審ニ準用ナキコトハ第四五四條ノ規定ニ依リ明白ナレハナリ其他ノ上告期間ノ説明ニ關シテハ控訴期間ニ於テ述ヘタルモノト同一ナルヲ以テ茲ニ之ヲ省略ス

(4) 上告理由ニ關スル要件 上告ハ法律の控訴ナルヲ以テ第二審ノ判決ト因果ノ關係アル法律ノ違背ヲ理由トスルコトヲ要ス(四三四條、民訴案四六九條一項)故ニ上告カ第二審ノ裁判ノ法律ノ違背ニ依據セスシテ其事實ノ誤認ニ依據シタルトキハ其上告ヲ不適法トシテ棄却スヘキ當然ナリ隨テ第四三四條乃至第四三六條ニ規定シタル事項ハ上告ノ適否ニ關スル形式的ノ要件ヲ規定シタルモノニ非スシテ上告ノ效力ノ有無ニ關スル實體的の要件ヲ規定シタルモノナラザルヲ以テ之ヲ缺ク上告ハ其理由ナシトシテ棄却スヘキモノナリト見解ハ正當ニ非サルヘシ是ヲ以テ上告カ適法ナルニハ上告人カ法律ノ違背ト之ニ第二審ノ判決カ原因スル旨ト主張スルヲ以テ足レリトス

(甲) 法律違背 民事訴訟法ニ所謂法律ハ法則ト同義ニシテ(四三四條)……法律……(四三五條)……

法則……)國法ニ關スル規則ノ全體ヲ總稱スルモノナリ故ニ公法殊ニ訴訟法タルト私法タルト成文法タルト慣習法タルト憲法上ノ法律ナルト命令ナルト明示法タルト默示法(有效ナル法則ノ結果又ハ學問上ノ原則)タルト問ハス其之ニ關スル規則ハ皆法則ニ屬ス(國際條約ニ包含セラルル法則亦然リ)レトモ現實の事實、慣習、法律行為ノ約款、會社ノ定款、實驗則等ノ如キ國法タルノ性質ヲ有セサルモノハ法則ニ屬セス(行政處分亦然リ)外國法ハ假令其内容カ我國法ト同一ナリト雖我法則ト爲ラス但國際私法ノ原則ニ從ヒ外國法ヲ適用スヘキ場合ニ於テハ其違背カ我國法ノ違背トシテ上告ノ理由ト爲ル法律ノ違背ハ法則ヲ適用セス又ハ不當ニ適用シタルノ謂ナルヲ以テ(四三五條、民訴案四六九條一項)法則ノ不適用又ハ不當ノ適用カ第二審裁判所ノ當該法則ヲ知ラサルニ坐スルト之ヲ知ルモ適當ノ場合ニ之ヲ適用スルコトヲ知ラサルニ坐スルト當該法則ノ内容ヲ不當ニ確定シタルト又確定シタル現實の事實カ法定の事實ニ該當シ又ハ該當セサルモノト誤判シタルトノ區別ハ之ヲ問ハサルナリ但後者ノ場合ニ於テハ控訴裁判所カ現實の事實ト法定の事實ト比較スルニ際シ後者ヲ誤判シタルトキニ限り法律ノ違背ト爲ル何トナレハ第二審裁判所カ其確定シタル現實の事實ニ基キ法則例之證據法ニ違背スルコトナクシテ他ノ現實の事實ノ存否ヲ推斷シタルカ如キハ純然タル事實ノ確定ニシテ其誤判ヲ上告ノ理由ト爲スコトヲ得サレハナリ又控訴裁判所ニ於テ當事者カ演述シタル事實ニ付正當ニ法則ヲ適用シテ裁判ヲ爲シタル以上ハ法律違背ノ事由存スルコトナシ然レトモ訴訟法ノ適用ハ其性質上當事者ノ意思ニ關係ナク隨テ又當事者カ適法ナル時期ニ於テ爲スヘキ演述ノ有無ニ關係ナキヲ以テ當事者カ上告裁判所ニ於テ新ニ演述シタル事實ニ付控訴裁判所ニ於テ訴訟手續ニ關スル法則ヲ適用セス又ハ不當ニ適用シタルコトアリタルトキハ法律違背ノ事由存スルコトト爲

ル(當事者カ違背ヲ拋棄スルコトヲ得ヘキ訴訟手續ノ違背ハ之ヲ控訴審ニ於テ主張セサル一事ニ因リ實體權ヲ喪失セル結果トシテ上告ノ理由ト爲ラス)其他控訴裁判所カ其適用スヘキ義務アル法則ニ違背スルニ非サレハ法律違背ノ事由存スルコトナシ故ニ控訴裁判所カ訓示の法則ヲ適用セス又ハ自由ナル意見ニ基キ事情ニ適セサル行動ヲ爲シタルノ事由ハ法律違背ト爲ラス如此上告ノ理由ハ法律ノ違背ニシテ控訴裁判所ノ判決中ノ事實ニ於テ確定シタル事實ハ上告裁判所ノ判決ヲ爲スノ標準ニシテ同裁判所カ其當否ヲ調査スルコト能ハサルモノナルヲ以テ(四四六條、民訴案四八〇條)法律問題ト事實問題トハ嚴格ニ之ヲ區別スルコトヲ要ス論理式ニ基キテ表示セラルル判決ノ大命題タル法則ニ關シテ之ヲ云ハハ法則ノ確定ハ其之カ爲ニ必要ナル探知ノ方法殊ニ慣習法、外國法等ノ確定ニ必要ナル探知ノ方法ト共ニ法律問題ニ屬ス隨テ不當ナル法則ノ確定ハ上告ノ理由タル法律違背ト爲ル判決ノ小命題タル事實ニ關シテ之ヲ云ハハ事實ノ確定ハ其之ヲ爲スニ際シ斟酌スヘキ又ハ斟酌スヘカラサル法則及證據法等ニ違背セサル限ハ事實問題ニシテ上告ノ理由ト爲ラス事實上ノ範圍ニ屬スル知識及意思ノ確定殊ニ意思ノ表示ノ解釋及證書ニ於テ表示ニ關スル事實上ノ確定ハ解釋法、訴訟法其他ノ法則ニ違背セサル限ハ事實問題ニ屬シテ上告ノ理由ト成サス事實ノ確定ニ際シテ成立スヘキ手續ニ關スル法律ノ違背ハ主トシテ釋明ニ關スル職務ノ不行使(一二二條)當事者ノ陳述ノ誤認、自由心證ノ限界ノ誤解(一二七條)證據ニ關スル法則ノ誤解、解釋ニ關スル法則ノ誤解、顯著ノ意義ニ關スル誤解、演述セサル事實ノ斟酌、不適法ナル證據ノ斟酌(例之證人トシテ供述スルノ資格ナキ者又ハ宣誓シテ供述スルコトヲ得タル者カ爲シタル宣誓證言ノ斟酌)判決ノ理由ニ於テ證據調ノ判斷ノ遺脱、重要ナル事實ノ立證ノ爲ニ申立タル證據ヲ不當ニ排斥シタルコト等ノ事實ニ依テ顯ハル

論結タル主文ニ關シテ之ヲ云ハハ主文ヲ成スニ必要ナル行為即小命題タル確定事實カ大命題タル法定の事實ニ適當スルヤ否ヤノ判斷(確定事實ノ法律の判斷)ハ法律問題ニ屬ス故ニ確定シタル事實ハ法律上占有、所有、過失、善意ト論結シ確定シタル事實カ法定ノ效力ヲ生セシムルニ必要ナル法定ノ抽象の事實ニ該當スト論結シ確定シタル事實カ當事者主張ノ法律關係又ハ其他ノ法律關係カ當事者間ニ成立シタルモノト認ムルニ十分ナリト論結シ確定シタル事實カ一ノ契約若クハ獨立シタル數箇ノ法律行為カ成立セル旨ヲ認メシムルニ十分ナリト論結シ又證書自體カ貸貸借若クハ買賣契約ノ存存在ヲ證明スルモノト論結シタルカ如キ場合ハ上告ノ理由タルニ足ル判決ノ解釋及當事者ノ陳述ノ解釋ハ上告裁判所ノ自由ナル判斷ニ任ス故ニ上告裁判所ハ一事不再理ノ抗辯其他防禦方法ノ提出ニ依リ不服ヲ申出ララレタル判決ヲ解釋スルト同シタ他ノ判決ヲモ解釋シ其意義ト範圍トヲ確定シ又當事者ノ陳述カ自白ヲ包含スルヤ認諾ヲ包含スルヤ否ヤヲ自由ニ判斷ス

(乙) 因果關係 第二審裁判所ノ判決ト因果ノ關係ナキ法律違背ノ理由トスル上告ハ不適法ナリ此因果ノ關係ノ存否ハ上告裁判所カ自由ニ之ヲ判斷ス然レモ理論上判決ニ於テ言渡シタル主文(論結)ノ前提ニ法律ノ違背アルトキ若クハ前提ニ對スル主文(論結)ニ違法アルトキ又判決ニ於テ實體法ノ違背アルトキハ當然此違法ト控訴裁判所ノ判決トノ間ニ因果ノ關係成立スルヤ疑ナシト雖訴訟法ノ違背アルトキハ反之當然此違背ト控訴裁判所ノ判決トノ間ニ因果ノ關係成立スト論結スルコトヲ得ヌ何トナレハ控訴裁判所ノ判決ニ於テ管轄違ノ不法アルモ之カ爲ニ管轄權アル裁判所カ該判決ト異ナル判決ヲ言渡スモノト斷定スルコト能ハサルカ如ク訴訟手續ニ關スル規定ノ違背カ重要ナルモノニ非サルコトアレハナリ(訴訟手續ニ關スル規定ノ違背ナクモ不服ヲ申出ララレタル第二審裁判

所ノ判決ト異ナル判決ヲ爲スモノニ非サルコトノ確實ナル場合ニ於テハ該違背ト判決ト因果ノ關係ノ存セサルコト明白ナリ)是ヲ以テ法律ハ第四三六條(民事訴訟法四七〇條)ヲ設ケ訴訟手續ノ基礎タル或訴訟法規ノ遵守ヲ上告裁判所ノ調査ニ依テ擔保スルノ目的ヲ以テ或訴訟法規ノ違背ハ控訴裁判所ノ判決トノ間ニ法律上當然因果ノ關係常ニ存スルモノト看做シ他ノ法律違背ト異ニシテ因果ノ關係ノ存スル旨ノ立證ヲ要セス又其反證ノ提出ヲ許サス且第四三四條ノ適用ヲ除外シテ上告ノ理由タルコトヲ許シタリ(控訴裁判所ノ判決カ本案ニ付テ裁判シタルモノナルト否ト又第四三六條ニ規定シタル法則ノ違背カ控訴裁判所ノ終局判決ニ存スルト判決前ニ爲シタル裁判ニ存スルト若クハ第一審裁判所ノ判決ニ存スルトノ區別ハ法律上之ヲ問ハサルナリ但後者ノ場合ニ於テハ控訴裁判所カ訴訟手續違背ノ理由トスル控訴ヲ棄却シ第一審ノ判決ヲ認可シ以テ該違背ヲ控訴裁判所ノ判決ニ亦存セシメタルトキニ限ルヤ當然ナリ)而シテ第四三六條ニ從ヒ常ニ違法ノ裁判ナリト看做スヘキ場合ノ第一ハ判決裁判所カ裁判所構成法及民事訴訟法ノ規定ニ從テ構成セラレザリシトキタリ故ニ判決裁判所即當事者ノ爲シタル口頭辯論ニ基キ訴訟上若クハ實體上ノ權利ニ付判決ヲ爲シタル裁判所カ裁判所構成法ノ規定ニ違反シ裁判官タル資格ナキ者ヨリ組織セラレタルトキ及適法ナル裁判官ノ員數ヲ以テ組織セラレザリシトキ又ハ民事訴訟法ノ規定ニ反レ判決ノ基本タル口頭辯論ニ臨席セザリシ判事ニ依リ組織セラレタルトキ(二三條)如キ場合ハ之ニ屬スレトモ事務分配規定及代理順序規定並ニ代理ノ必要ノ有無ニ關スル問題ハ何レモ司法行政ニ關スル規則ニ過キサルヲ以テ(裁權二五條、二一條、二二條等)人事訴訟ニ於テ檢事ノ立會ハ其職權ニ屬シ判決裁判所ノ構成ニ關係ナキヲ以テ此等ノ法則ニ關スル違背ハ茲ニ屬セス(「ルマン」氏ハ口頭辯論ニ於テ裁判所書記ノ立會ナキ

事項ヲ第四三六條第一ニ該當スル法律違背ト論結シタルモ「ツッパ、ガウプ」氏等多數ノ學者ノ贊成セザル所ナリ但該事項カ第四三四條ニ從ヒ法律違背ト爲ルヤ論ヲ俟タス(四三六條第一)其第二ハ法律ニ依リ職務ノ執行ヨリ除斥セラレタル判事カ裁判ニ參與シタルトキニシテ其除斥カ忌避ノ申請ニ基キテ宣言セラレタルト否トヲ問ハサルナリ(三一條、三三條)故ニ除斥セラレタル判事カ判決其他ノ裁判ニ參與シタル場合ハ玆ニ屬スレトモ判決ノ言渡若クハ證據調ノ行爲ニ參與シタルカ如キ場合ハ玆ニ屬セス(後者ノ場合ニ於テハ證據調ニ付裁判ノ存セザルコトヲ要ス)又法律ニ依リ職務ノ執行ヨリ除斥セラレタル裁判所書記カ訴訟手續ニ參與シタル場合亦然リ何トナレハ裁判所書記ハ裁判ニ參與スルモノニ非サレハナリ斯ル場合ニ於テハ第四三四條、第四三五條ノ規定ニ從ヒ上告ノ理由ト爲ルヤ當然ナリ但當事者カ忌避ノ申請又ハ上訴ヲ以テ除斥ノ理由ヲ主張シタルモ其效ナキトモ忌避ノ申請ヲ不當ナリトスル決定カ確定シタルトキハ假令忌避セラレタル判事カ裁判ニ參與スルモ法律違背ト爲ラス何トナレハ斯ル裁判確定後ハ當該訴訟ニ除斥ノ原因ナキコト確定セルノミナラス該裁判ニ對シテハ唯即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルニ止レハナリ(三八條二項、四三三條(四三六條第二)其第三ハ判事カ偏頗ノ裁判ヲ爲スノ虞アルカ爲ニ當事者ヨリ忌避セラレ且其申請ヲ正當ナリトスルノ裁判アリタルニ拘ラス裁判ニ參與シタルトキナリ故ニ有效ニ忌避セラレタル判事カ判決其他ノ裁判ニ參與シタル場合ハ玆ニ屬スレトモ判決ノ言渡若クハ證據調ノ行爲ニ參與シタル場合(證據調ニ於テ裁判ノ存セザルコトヲ要ス)或ハ忌避ノ申請ニ付未裁判ナキトキニ於テ忌避セラレタル判事カ裁判ニ參與シタルカ如キ場合(三九條參照)判事カ忌避ノ申請アルニ拘ラス第三九條ニ反シ終局判決ヲ以テ訴訟ヲ終局シタルトキハ該判決ニ對シ第四二三條及第四二四條ニ則リ上訴

ヲ以テ攻撃スルコトヲ得レトモ第四三四條ニ則リ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス蓋同條第三ハ忌避セラレタル判事カ其申請ヲ正當ナリトストノ裁判アリタル後ニ於テ裁判ニ參與シタル場合ニ限定セラレタルモノナレハナリ)ハ玆ニ屬セス又有效ニ忌避セラレタル裁判所書記カ訴訟手續ニ參與シタル場合亦然リ(前述ノ說明參照)但當事者カ忌避ノ申請又ハ上訴ヲ以テ忌避ノ理由ヲ主張シタルモ其效ナキトキ即忌避ノ申請ヲ不當ナリトスル決定カ確定シタルトキハ假令忌避セラレタル判事カ裁判ニ參與スルモ上告ノ理由ト爲ラス何トナレハ忌避ノ申請ヲ正當ナリトスル裁判ニ對シテハ唯即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルノミナレハナリ(三八條二項、四三三條(四三六條第三)其第四ハ裁判所カ其管轄又ハ管轄違ヲ不當ニ認メタルトキニシテ其管轄ノ土地タルト事物タルトノ區別ヲ問ハサルナリ故ニ裁判所カ法則ニ違背シテ管轄權アリ又ハ管轄權ナシト判決シ若クハ事實上管轄權アリ又ハ管轄權ナシト認メ(第四三六條第四)……認メ……ハ管轄問題ニ關スル明示の裁判ヲ要セザルノ意ヲ示スニ足ルタルトキハ玆ニ屬スレトモ事務分配規定ニ反シテ甲部ニ屬スル事件カ乙部ニ於テ裁判セラレタルカ如キ(前述說明參照)又裁判所カ其權限ニ屬セザル事件(行政訴訟ノ類)ニ付裁判ヲ爲シタルカ如キ(管轄權ト無訴權即裁判權トハ我民事訴訟上區別アルヲ以テ裁判權ノ有無ニ關スル問題カ管轄權ノ有無ニ關スル問題ニ包含セラレサルヤ當然ナリ)二〇六條第一、第二、四五一條第一參照)場合ハ玆ニ屬セス管轄ノ有無ニ關スル認定カ合意ノ有無ニ關スルカ如キ事實上ノ認定ニ屬スル場合亦然リ(四三六條第四)其第五ハ法律ノ規定ニ從ヒ即民事訴訟法及民法殊ニ法定代理ニ關スル規定ニ從ヒ訴訟手續ニ於テ原告若クハ被告カ有效ニ代理セラレザリシトキニシテ其法定代理全然欠缺セルト又ハ不完全ナルトノ區別ヲ問ハサルモノタリ故ニ訴訟能力ヲ有セザル當事者カ法定代理人ニ依

テ代理セラレザリシトキ、法定代理人ニ訴訟ヲ爲スニ必要ナル特別授權ナカリシトキ(四三條—四六條)又訴訟能力ヲ有スル當事者カ法律ノ規定ニ從ヒ(六三條—七〇條)代理セラレザリシトキ(代理ノ欠缺カ當初ヨリ存シタルト又第一七九條ニ據レル訴訟手續ノ中斷ノ結果トシテ存スルニ至リタルトノ區別ハ之ヲ問ハス)殊ニ地方裁判所又ハ其上级裁判所ニ繫屬セル訴訟手續ニ於テ辯護士ニ依リ代理セラレザルトキ、代理人ニ非サルモノカ當事者ノ名ニ於テ判決ヲ受ケタルトキハ、按ニ屬スレトモ代理セラレザリシ當事者カ明示的ニ又ハ默示的ニ(代理人ニ非サル者カ爲シタル訴訟ノ續行又ハ受ケタル判決ノ使用ヲ爲シテ)訴訟行爲ヲ追認シタルトキ、殊ニ訴訟手續ノ開始後訴訟能力者ト爲リタル當事者カ代理ノ欠缺アル訴訟行爲ヲ追認シ眞正ナル法定代理人カ法定代理人ニ非サル者ノ爲シタル訴訟ノ行爲ヲ追認シタルトキノ如キ場合ハ代理ノ欠缺カ追認ニ依リ補正セラレタルヲ以テ按ニ屬セス(當事者能力ノ欠缺アリタルトキハ之ニ對スル判決ト法律ノ違背トハ因果ノ關係ヲ有スルヤ明白ナルヲ以テ法律上特ニ之ヲ明示スルノ要ナシ是第四三六條ニ於テ當事者能力ノ欠缺ニ關スル規定ナキ所以ナリ)如此當事者カ訴訟手續ニ於テ有效ニ代理セラレザリシトキハ上告ノ理由ヲ成スヲ以テ訴訟カ眞正ノ當事者又ハ其法定代理人ニ送達セラレザルカ如キ事情ニ基キテ第二審裁判所ノ判決ヲ違法ニ代理セラレザル當事者ニ對シ言渡サレタルトキハ各當事者ハ該判決ニ對シ上告ヲ爲スコトヲ得有效ニ代理セラレザリシ當事者カ上告ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論相手方亦之ヲ爲スコトヲ得蓋相手方ハ第二審裁判所ノ判決ノ效力問題ノ裁判ヲ受ケタルニ付利益ヲ有スヘナリ第二審裁判所ノ判決カ關席判決ナルトキハ先故障ヲ以テ次に第四五四條及第三九八條ノ規定ニ從ヒ上告ヲ以テ不服ヲ申立ツルモノタルヤ言テ俟タス上告期間ハ第四七四條第四項ノ準用ニ依リ當事者若クハ其眞正ナル

ル代理人カ上告ヲ以テ攻撃セント欲スル控訴裁判所ノ判決ヲ相手方ニ送達シタル日又ハ反對ニ後者カ前者ニ該判決ノ送達ヲ爲シタル日ヨリ進行シ曩ニ僞稱代理人又ハ僞稱當事者ニ對シテ爲シタル判決ノ送達ハ斯ル場合ニ斟酌スルモノニ非ス其第六ハ訴訟手續ノ公行ニ付テノ規定ニ違背シタル口頭辯論ニ基キ裁判ヲ爲シタルトキニシテ第二審ニ於テ口頭辯論カ公行ニ付テノ規定ニ違背シタルト第一審ニ於テ口頭辯論カ公行ニ付テノ規定ニ違背シ第二審ノ裁判カ斯ル辯論ニ依據シタルト否トヲ問ハサルモノナリ故ニ法律ニ違背シテ不當ニ辯論ノ公行ヲ禁止シ又ハ辯論カ公行ノ禁止ヲ爲サザリシトキハ傍聽者ノ現在シタルト否トニ關係ナク(憲五九條、人訴四四條)又辯論カ公行禁止ノ規定カ遵守セラレザリシトキ、殊ニ公行禁止ノ決定カ言渡サレザルトキ(裁構一〇五條)又ハ判決カ公開ノ上言渡サレザリシトキ(裁構一〇五條、憲五九條)ハ按ニ屬スレトモ辯論ノ公行禁止カ裁判長ノ自由ナル意見ニ任セラレタル場合ニ於テ之カ禁止ヲ爲サザリシトキ(裁構一〇五條、憲五九條)又口頭辯論ノ法則ニ違背アリタルトキハ按ニ屬セス後者ノ場合ハ第四二四條ニ據リ上告ノ理由ト爲ルモノナリ其第七ハ裁判ノ理由ヲ付セザルトキニシテ其理由ヲ付セザル裁判カ控訴裁判所ノ終局判決タルヲ要セス其終局判決前ニ爲シタル裁判殊ニ中間判決ニシテ第四三三條ノ規定ニ從ヒ上告裁判所ノ判斷ヲ受ケ且控訴裁判所ノ終局判決ノ依據スル所ト爲リタルモノナルヲ以テ足レリトス(控訴裁判所ノ終局前ニ爲シタル裁判ニ其理由ヲ付セザルトキハ終局判決ニ於テ其理由ヲ表示ス(キモノタリ)又裁判ノ理由ヲ付セザルコトハ外形上裁判ニ缺クタルコトヲ要セス裁判ニ付シタル理由カ斯ル裁判ヲ爲スニ至リタル裁判所ノ意見ヲ確實ニ認識セシムルニ足ラザルトキタルヲ以テ足レリトス故ニ理由カ總テノ爭點(攻撃及防禦ノ方法)ヲ説明スルニ足ラザルトキ殊ニ或陳述若クハ成申立カ何故ニ

斟酌セラレサルヤヲ説明セザルトキ(第二三〇條第二項ニ規定セル場合ハ此限ニ在ラス)理由カ裁判ノ如何ナル事實上若クハ法律上ノ原因ニ基因スルヤ否ヤヲ説明スルニ足ラザルトキ若クハ適用セラレタル法則ヲ認識セシメザルトキ(裁判所ノ自由ナル意見ニ屬スル部分ニ關スル理由ハ之ヲ示スノ必要ナシ)這ハ裁判所ノ意思作用ニ屬シ理論的原因ニ基キテ爲シタル裁判ニ非サレハナリ)適法ナル證據方法ノ不斟酌ニ付理由ヲ付セザルトキ裁判ニ付セラレタル理由カ無意味ナルトキ殊ニ抗辯ハ事情ニ照シテ理由ナシ原告ハ信用スヘキ價值アルモノナリト云フカ如キ文面ナルトキ若クハ了解スルコト能ハザルトキ互ニ抵觸スルトキ判決ノ主文ト抵觸スルトキ(理由ノ不正確ハ理由ノ欠缺ト同シカラス故ニ第四三四條ニ基キ法則ノ違背ト爲ルモ第四三六條第七ニ屬セス又明白ナル法則ハ其説明ヲ要セザルヲ以テ之ヲ缺クモ理由ノ欠缺ト爲ラス)等ハ玆ニ屬スレトモ控訴裁判所カ其判決ニ於テ理由ヲ説明スルニ代ヘ第一審裁判所ノ判決ノ理由ヲ引用シタルトキハ玆ニ屬セス何トナレハ之ニ依リ第二審裁判所ノ判決ニ第一審裁判所ノ判決ノ理由ノ充分ナル理由ト爲ラザルヤ當然ナリ(眞ニ判決理由ニ同シト云フカ如キ表示ハ控訴裁判所ノ判決ノ充分ナル理由ト爲ラザルヤ當然ナリ)眞ニ言渡シタル控訴裁判所ノ判決ノ理由ノ引用亦同一法理ニ基キテ理由ノ欠缺ト爲ラサルヘシ)判決ノ事實ノ欠缺亦然リ蓋這ハ訴訟手續ニ付テノ規定ノ違背ニシテ第四三四條及第四三五條ノ規定ニ從ヒ事實ノ欠缺ト控訴裁判所ノ判決ニ因果ノ關係アルトキニ限リ上告ノ理由ヲ成スモノナリ而シテ判決ノ事實ニ依リ當事者カ如何ナル事實上ノ演述ヲ爲シタルカヲ明確ニ認識スルコトヲ得ザルトキ即判決ニ於ル事實ノ欠缺ニ依リ控訴裁判所ノ裁判ノ事實上ノ基礎ヲ確定スルコト能ハザルトキハ事實

ノ欠缺ト控訴裁判所ノ判決ト因果ノ關係ヲ有スルコト爲ル何トナレハ判決ハ當事者ノ演述ニ基因スルモノナルヲ以テ斯ル演述ノ不十分ナル確定ハ判決ノ當否ニ影響スルモノナレハナリ事實中ニ於ル抵觸及事實ト理由トノ抵觸ハ第四三四條及第四三五條ノ規定ニ從ヒ上告ノ理由ヲ成ス事實ニ於ル當事者申立ノ欠缺ハ判決ニ依リ其申立ヲ推知スルコトヲ得且該欠缺カ第二審裁判所ノ判決ト因果ノ關係ヲ有セザルトキニ限リ上告ノ理由ト爲ラス

以上ノ四要件ヲ具ヘタル上告ハ適法ニシテ之ヲ缺キタル上告ハ不適法ナリ上告人カ控訴裁判所ノ判決ニ依リ利益ヲ害セラレタルヤ否ヤハ控訴ニ於ルト同シク上告ノ當否ニ關スル要件ナリ故ニ上告人ハ控訴裁判所ノ判決ニ依リ利益ヲ害セラレザルトキ即該判決ニ上告人ノ主張シタルカ如キ法律ノ違背カ存セザルトキハ上告ヲ理由ナシテ棄却ス隨テ控訴裁判所ノ判決カ控訴ヲ全然理由アリト認メタルトキ及控訴裁判所ノ判決ノ破毀カ之ヲ破毀セザルヨリ上告人ノ利益アルトキ殊ニ將來ニ於ル取消ノ訴ヲ避ケ(四六八條)控訴審ニ於テ訴ヲ擴張セント欲スルカ如キトキハ控訴裁判所ノ判決ニ依リ利益ヲ害セラレタルモノト云フコト能ハザルヲ以テ上告ヲ理由ナシテ棄却スヘキモノナリ上告ノ適否ハ控訴ノ適否ト同シク裁判所カ職權ヲ以テ調査ス故ニ(1)上告裁判所カ上告ヲ不適法ナリト認メタルトキハ上告棄却ノ判決ヲ爲ササルヘカラス而シテ我民事訴訟法ハ原則トシテ本人訴訟主義ヲ認メタルヲ以テ(二三三條)法律ニ通セザル本人カ不適法ナル上告ヲ爲スコトナキヲ保テス斯ル場合ニ於テ當事者雙方ノ辯論ニ基キ不適法トシテ上告ヲ棄却スヘキ判決ヲ爲スコトナキヲ時間トテ空費スルル虞アリ是ヲ以テ我民事訴訟法ハ第四三九條ニ於テ上告裁判所ハ先上告人ヲ呼出シ其陳述ヲ聽キ上告ノ適否ヲ調査シ之ヲ不適法ナリト認メタルトキハ判決ヲ以テ上告ヲ棄却シ上告人カ期日

ニ出頭セサルトキハ上告ヲ取下ケタルモノト看做スヘキモノト規定シタリ但上告人カ出頭セザリシコトヲ期日ヨリ七日ノ期間内ニ十分ナル理由ヲ以テ辯解シタルトキハ更ニ期日ヲ定メ上告人ノ陳述ヲ聽キ上告適否ノ裁判ヲ爲スモ止ムヲ得サル事情ニヨリ出頭スルコト能ハザリシ場合ニ於テモ尙上告ヲ取下ケタルモノト看做スノ效力ヲ維持スルハ他ニ不服ヲ申立ツルノ方法ナキ上告人ニ對シ甚酷ニ失スルヲ以テナリ控訴ト異ニシテ裁判長ニ不適法ナル上告棄却ノ裁判ヲ爲ス職權ヲ認メサルハ上告ヲ重大視シタル法意ニ外ナラス(民事訴訟法第八〇條ニ於テ強制辯護士訴訟主義ヲ採用シタルニ拘ラス第四七六條ニ於テ上告棄却ノ片而審理主義ヲ採用シタルハ理論上失當ニ似タリ民事訴訟法第四七六條末項及第四七七條ハ現行法ノ缺點及不備ヲ補ヒタル規定ニシテ其ノ當ヲ得タルモノナリ)(2)訴訟物ノ價額ノ多寡、上告ノ申立ノ表示及其内容ノ有無ハ上告ノ適否ニ關係ナシ蓋我民訴ハ訴訟物ノ價額ノ多寡ニ從ヒ當事者ニ上告權ヲ認ムルノ制度ヲ採用セス又當事者カ上告ノ申立ヲ爲サス或ハ上告ノ理由ヲ演述セサルトキハ控訴ノ申立ヲ爲サス或ハ控訴ノ理由ヲ演述セサルトキト同一ニ論結スヘキモノナレハナリ(民事訴訟法ニ在テハ經濟上ノ利害ヲ斟酌シ控訴ノ提起ニ付金額上ノ制限ヲ設ケタリ(四六八條參照)「フランク」氏カ控訴ノ場合ト異ニシテ上告裁判所ハ裁判カ法律違背ニ基ケルヤ否ヤヲ調査スルカ爲ニ如何ナル判決ノ如何ナル部分ニ對シ上告セラレタルヤ否ヤヲ認識スルコトヲ要スルヲ以テ上告ノ申立ノ欠缺ハ上告ヲ不適法トシテ棄却セシメ之ヲ理由ナシトシテ棄却セシムルモノニ非ス結局第四〇要件カ具備セサルナリト主張スルハ正當ニ非サルヘシ此點ニ關シ上告ト控訴ト區別スルハ何等ノ理由ナシ)(三)上告權ノ喪失 上告權ハ控訴權ト同シク上告提起ノ爲ニスル不變期間ノ懈怠、上告權ノ拋棄若クハ上告ノ取下ニ依リ之ヲ喪失ス(四三七條、四五四條第二、民事訴訟法四七二條、四六六條第三此點ニ關シ

ヲハ控訴權ノ喪失ニ付爲シタル說明ヲ參照ス可シ

(四)上告ノ内容 上告ノ内容即辯論及裁判ノ目的ハ控訴ノ内容ト殆異ナル處ナシ蓋上告ハ前述ノ如ク法律の控訴ナレハナリ故ニ上告裁判所ハ第一ニ上告カ適法ニ提起セラレタルヤ否ヤ即上告ノ方式並ニ許否ニ關スル要件ノ存否ヲ調査シ上告ヲ適法ナリト認メタルトキハ第二ノ問題トシテ不服ヲ申立テラレタル判決カ正當ナルヤ若クハ法律違背ノ爲ニ不當ニシテ破毀スヘキヤ否ヤ即上告ノ實體の要件ノ存否ヲ調査シ該判決ヲ破毀スヘキモノト認メタルトキハ之ニ代ルヘキ判決ヲ爲スヘキヤ否ヤヲ調査セサルヘカラス然レトモ上告ハ法律の控訴ナルヲ以テ重要ナル點ニ於テ控訴ト其内容ヲ同ウセス即上告裁判所ハ控訴裁判所ト同シク訴訟關係ノ内容ニ可成適當ナル判決ヲ爲スコトヲ以テ其職權ト爲スト雖唯法律違背ノ判決ヲ破毀スルノ權限ヲ有スルニ過キタルヲ以テ該判決ヲ爲スニ必要ナル事實ノ確定ハ之ヲ控訴裁判所ニ委テ自ラ之ヲ爲サルヲ原則トス左ニ上告ノ内容ヲ略述スヘシ

(1) 上告ノ適否ノ調査 上告裁判所ハ先職權ヲ以テ上告ノ適法ナルニ缺タヘカサル要件ノ存否ヲ調査セサルヘカラス(民事訴訟法四八六條第八)當事者ハ之カ爲ニ必要ナル事實上ノ主張立證及法律上ノ申述ヲ爲スコトヲ得殊ニ新ナル事實及證據方法即控訴裁判所ニ於テ提出セラレザリシ事實及證據方法ヲ上告裁判所ニ於テ利用スルコトヲ得上告裁判所ハ斯ル新事實ノ重要ナルヤ否ヤヲ調査シ重要ナルヲ認メタル場合ニ於テ之カ爲ニ必要ナル證據圖ヲ爲スコトヲ得(四四六條二項)何トナレハ第四四六條第一項ノ規定ハ上告ノ適否ニ關スル事實及證據ノ提出ニ付當然適用ナキモノナレハナリ(2) 上告ノ當否ノ調査 上告裁判所カ上告ノ適法ナリト認ムルトキハ上告ノ當否即前審判決ノ當否ヲ調査ス但控訴裁判所ニ於ル前審判決當否ノ調査ト異ニシテ前審判決カ事實上及法律上正當ナルヤ否

ヤヲ調査スルニ非スシテ唯法則ニ違背シタル處アリヤ否ヤヲ調査スルニ在ルコト上告ノ性質ニ徴シ明瞭ナリ而シテ上告ノ理由カ控訴裁判所ノ確定シタル事實ニ法則ヲ適用セス又ハ不當ニ適用シタルコトニ在ルトキハ上告裁判所ハ「控訴裁判所カ其裁判ノ憑據ト爲シタル事實」ヲ標準トシテ前審判決ノ當否ヲ調査シ反之上告ノ理由カ訴訟手續ニ付テノ規定ノ違背又ハ事實關係ノ確定ニ際シテ爲シタル法則違背ニ存スルトキハ當事者ハ控訴裁判所ニ於テ確定シタル舊事實及控訴裁判所ニ於テ演述セス若クハ演述シタルモ斟酌セラレナリシ新事實ヲ提出スルコトヲ得隨テ上告裁判所亦此等ノ事實ヲ斟酌シテ前審判決ノ當否ヲ調査スルコトヲ得(四四六條一項、民訴案四八〇條)控訴裁判所カ其裁判ノ憑據ト爲シタル事實トハ第四五一條第一ニ所謂確定シタル事實ト同義ニシテ第四二九條ニ所謂第一審裁判ノ憑據ト爲リタルモノ即判決ニ於テ摘示シタル確定ノ事實關係ノ外向判決ノ理由ニ屬スヘキ判斷ノ意義ヲ有スル確定ノ事實殊ニ或事實ヲ證明セラレタリト認メタルカ如キ事項ヲ指示ス故ニ或申立若クハ或主張ノ提出若クハ不提出或事實ヲ爭ヒタルコト若クハ之ヲ爭ハサルコト等ノ如キ訴訟手續ニ屬スル事項及訴訟ノ原因ニシテ訴訟手續其モノニ屬セサル事實ハ總テ控訴裁判所ノ裁判ノ憑據トナリタル事實ニ屬ス如此如上告裁判所カ事實上ノ判斷ヲ爲スノ職權ナク又當事者ハ假令爭ナク若クハ顯著ナル事實ト雖尙新事實ナル以上ハ之ヲ上告裁判所ニ提出スルノ權利ナキハ上告ノ性質即法律的控訴ノ然ラシムル所ナリ(控訴審ニ於テ辯論終結後ニ發生シタル事實ハ唯第五四五條ニ規定シタル異議ノ訴及再審ノ訴ヲ以テ主張スルコトヲ得ルノミ)又訴訟手續ニ付テノ規定ノ違背又ハ事實關係ノ確定ニ際シテ爲シタル法則ノ違背ニ關スル場合ニ於テハ當事者カ例外トシテ新事實ヲ上告審ニ提出スルコトヲ得又上告審カ事實ノ審判ヲ爲スコトヲ得ルハ蓋上告審ニ斯ル職權ナクシテ上告

ノ當否ヲ調査スルコトヲ得アレハナリ其他上告裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキ事項(四四四條、民訴案四七一條)法則ノ存否ニ關スル證明ノ材料タル事實及實驗則ノ調査ニ關シテハ第四四六條ノ適用ナシ上告裁判所ハ自由ニ事實上ノ調査ヲ爲スコトヲ得(上告裁判所カ實驗則ノ適用ノ當否ニ付調査ヲ爲シ且上告ノ目的タル判決ヲ改善スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ハ民事訴訟法ノ明文ニ基キ之ヲ判定スルコトヲ得サルモノナリ何トナレハ實驗則ハ事實及法則ニ非サレハナリ然レトモ上告裁判所ハ下級裁判所カ證據方法ノ判斷ニ付適用シタル實驗則ノ調査ヲ爲ス職權ナキコトハ實驗則カ法則ニ非ス隨テ四四六條ノ適用ナキコトニ依テ疑ヲ容レズ反之上告裁判所カ確定シタル事實ニ法則ヲ適用スルニ當リテ必要ナル實驗則ノ調査ヲ爲スコトヲ得スト云フハ法律上毫無根據ナキ所ナリ)上告裁判所ニ於テ例外的ニ調査スルコトヲ得ル前示ノ事實ニ關シテハ當事者ハ之ヲ口頭辯論ニ於テ演述シ且爭アル場合ニ於テ總テノ證據方法ヲ提出シテ適當ナル立證ヲ爲ササルヘカラス唯口頭辯論ノ爲メ規定シタル方式ノ遵守若クハ不遵守ニ關シテハ唯調書ヲ以テノミ之ヲ證スルコトヲ得ル(一三四條)ノ制限アルノミ上告裁判所カ自ら證據調ヲ爲シ又ハ受命判事若クハ受託判事ヲシテ證據調ヲ爲サシムルコトヲ得ルハ言フ俟タス(三五八條、三三八條、三三一條、三四八條等)(四四六條二項)

(3) 上告審ニ於ル裁判 上告裁判所ハ調査ノ結果上告ヲ不適法ナリト認メタルトキハ之ヲ不適法トシテ棄却スルノ判決ヲ爲ス被上告人ヲ呼出シテ辯論ヲ開始シタル後上告ノ不適法ナルコトヲ發見シタルトキニ於テモ不適法トシテ上告ヲ棄却スヘキ判決ヲ爲スモノナリ何トナレハ第四三九條、民訴案四七六條)ニ從ヒ上告人ノ陳述ヲ聽キタル後上告ヲ棄却セスシテ被上告人ヲ呼出シタルコトハ上告ノ適否ヲ確定の判斷シタルモノニ非サレハナリ又上告裁判所ハ上告ヲ適法ナリト認メタルトキハ

前審判決ノ當否ヲ調査シ其結果上告ノ理由ナシト認メタルトキ即前審ノ判決ニ法律ノ違背ナシト認メタルトキ及前審ノ判決ニ法律ノ違背アルモ上告人カ該判決ニ依リ何等ノ不利益ヲ被ラサルモノト認メタルトキハ上告棄却ノ判決ヲ爲ス(四五二條)蓋上告ハ前述ノ如ク法則ノ適用ノ當否ヲ調査スルコトヲ目的トスレトモ一ノ不服申立方法ニシテ單ニ法律解釋ヲ統一スルカ爲ニ前審ノ判決ヲ破毀スルコトヲ目的トセサルヲ以テ上告人カ前審判決ニ依リ不利益ヲ受タルトキニ非スハ其提起シタル上告ノ理由アリト認ムルコトヲ得タルヤ當然ナリ又前審ノ裁判カ其理由ニ從ヘハ法律ノ違背シタルコト明白ナリト雖他ノ理由ニ依リ裁判ノ正當ナルトキ即控訴裁判所ノ裁判ニ於ル法律ノ違背カ訴訟法ニ關スルト實體法ニ關スルトヲ問ハス又控訴裁判所ノ裁判ニ表示シタル數多ノ理由中ノ或モノカ法律ニ違背スルモ他ノ理由ニ依リ若クハ控訴裁判所ニ於テ豫見セラレサルモ上告裁判所ニ於テ新ニ認識シタル理由ニ依リ原判決ニ法律ノ違背アルニ拘ラス結局同一ノ裁判ヲ爲スヘキトキハ上告棄却ノ判決ヲ爲ス(四五三條)蓋斯ル場合ニ於テハ控訴裁判所ノ裁判ハ主觀的ニ法律ニ違背スルモ客觀的ニ法律ニ違背セス隨テ上告人ハ控訴裁判所ノ判決ニ依リ何等ノ不利益ヲ受ケサルヲ以テナリ故ニ上告裁判所ハ各法律上ノ觀察點ニ基キテ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ當否ヲ調査スルノ職權及職務ヲ有シ又當事者ハ不服ヲ申立テラレタル裁判維持ノ爲ニ新ナル法律上ノ主張ヲ爲スコトヲ得而シテ法律ノ違背ハ訴訟法ニ基クト實體法ニ基クトノ區別ヲ問ハサルヲ以テ下級裁判所カ法律ヲ誤解シテ管轄權アリト認メタルモ他ノ理由ニ因テ管轄權アルトキハ上告ノ理由ナシトシテ棄却スヘキモノト然レトモ控訴裁判所カ控訴ヲ不適法トシテ棄却スヘキモノナルニモ拘ラス之ヲ理由ナシトシテ棄却シタルトキハ第四五三條ノ適用ニ依リ上告ヲ棄却スルコトヲ得ス反對ノ場合亦然リ

ルモ自己ノ權利ヲ優先シテ主張スルコトヲ得サルノ結果ト爲ル而シテ一時ノ停止ノ場合ニ在テハ既ニ爲シタル執行處分ハ有效ニ存スルモノナルヲ以テ停止ノ場合ニ於ルト同様に結果ヲ生スルコトナシ

第五章 強制執行ニ關スル保證、供託及費用

茲ニ所謂保證トハ執行當事者又ハ第三者カ相手方ニ對シテ生シ得ヘキ損害ノ擔保トシテ供與スル物ヲ謂フ此當事者ナル文字ニハ第五四九條ニ依テ異議ノ訴ヲ起シタル者ヲ包含ス而シテ此保證ヲ立ツヘキ場合ハ第五〇〇條、第五〇五條、第五一二條、第五二二條、第五四七條等ニシテ或ハ債務者ヨリ之ヲ立テ或ハ債權者ヨリ之ヲ立ツルモノトス第七三條者ヨリ保證ヲ立ツルハ第五四九條ノ異議ノ訴ノ場合ニ在リ其保證ノ種類及數額等ニ付テハ第八七條ノ規定ニ從フモノトス又第七四一條、第七四五條、第七四七條ノ場合ニ在テハ裁判所ノ意見ニ由リ自由ニ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ保證ヲ立ツル場所ハ第五一三條ニ規定セル如ク執行裁判所或ハ保證義務者ノ普通裁判籍ヲ有スル地ノ區裁判所ニ爲スヘキモノナリ又供託トハ前述ノ如ク執行ノ目的物ノ供託ヲ謂フ之ニ付テハ第五〇五條二頁及第六〇七條等ニ規定セリ強制執行ノ費用トハ執行實施ノ爲ニ生シタル費用及執行準備ノ爲ニ要シタル費用ヲ謂フ茲ニ所謂執行準備トハ執行交付與ノ申請ノ場合ヲ謂フモノニシテ即其印紙代又ハ申請ノ爲ニ出頭シタル旅費、日常等ヲ謂フ實施ノ爲ニスル費用トハ執達吏ノ手數料、差押物保管ノ費用等ナリ異議ノ訴ヲ起シタルトキ其訴訟ニ關スル費用ハ執行手續中ニ生シタルモノト雖之ヲ訴訟費用ト謂ハサルヘカラス而シテ此執行費用ニ關シテハ強制執行ヲ爲スニ付テ執行名義ヲ必要トセス換言セハ請求ニ關スル執行名義カ執行費用ノ執行名義ト爲ルナリ故ニ訴訟費用ノ如ク裁判所ニ申請シテ費用額確定決定ヲ得ルコトヲ要セスシテ

取立ヲルコトヲ得ルモノナリ此論據ハ第五四條ニ存ス同條ニ曰ク強制執行ノ費用ハ必要ナリシ部分ニ限リ債務者ノ負擔ニ歸ス此費用ハ強制執行ヲ受タル請求ト同時ニ之ヲ取立ツヘシトアリ此規定ハ特ニ費用額確定決定ヲ要セザルコトヲ示ス爲ニ設ケラレタルモノナリ判決其他強制執行ノ名義カ廢棄又ハ破毀セラレタルトキハ取立タル強制執行ノ費用ハ債務者ニ辨濟スヘキコトハ同條第二項ニ規定スル所ナリ而シテ債務者ハ債權者カ任意辨濟ヲ爲ササルトキハ第五一〇條第二項ノ場合ニ於テハ執行名義ヲ廢棄破毀シタル判決ニ基キ直ニ強制執行ヲ爲スヲ得ヘシト雖其他ノ場合ニ於テハ執行名義ヲ得サルヘカラス

各論

第一部 金錢債權ニ付テノ強制執行

第一章 動産ニ對スル強制執行

第一節 通則

我訴訟法ニ於ル動産トハ有體動産ノミヲ指スニ非スシテ債權其他ノ財産權ヲモ其中ニ包含セシム而シテ動産ニ對スル強制執行ノ方法ハ差押ヲ以テ之ヲ爲ス此原則ノ説明トシテ先ツ差押ノ如何ナルモノナレカヲ述ヘサルヘカラス
差押ハ執行機關カ法律ノ規定ニ從ヒ執行ノ目的物ニ施ス處分ニシテ其結果トシテ債務者ニ對シテハ之カ處分ヲ爲スヲ禁シ債權者ノ爲ニハ通常配當辨濟ノ效力特別ノ場合ニ於テ優先辨濟ヲ得セシムルノ

效力ヲ生スルモノヲ謂フ特別ノ場合トハ六〇二條ノ場合ヲ云フ

差押ノ制限 差押ノ制限トハ第五六四條第二項ニ規定スル所ニシテ即執行力アル正本ニ掲ケタル請求ヲ辨濟スル爲メ及執行ノ費用ヲ償フニ必要ナルモノノ外ニ及ホスコトヲ得ザルコト是ナリ而シテ此規定タルハ債務者ヲ保護スルノ趣旨ニ出タルナリ詳言スレハ債務者ヲシテ其義務ノ範圍外ニ於テ苦痛ヲ生セザラシメンカ爲ナリ此制限ノ適用ニ付テ説明センニ先有體動産ニ在テハ茲ニ二箇ノ有體動産アリト假定セハ其一箇ノ有體動産ノ價ヲ以テ債權者ニ辨濟ヲ爲シ得ヘキ場合ニ於テハ執達吏ハ他ノ有體動産ヲ差押フルコトヲ得ス然ルニ其二箇ノ有體動産ハ一ハ高價ニシテ一ハ低價ナルトキ低價ノ有體動産ヲ以テ辨濟ヲ爲シ得ルモノトセハ之ヲ措キテ高價ナル有體動産ヲ差押フルコトヲ得ス然レトモ差押フル所ノ價額ハ債權額ニ超過スルコトハ差押ヲ妨グルノ理由ト爲ラス唯疑ノ生シ得ヘキハ債權ニ對スル此規定ノ適用ナリ債權ハ通常一定ノ金額ヲ有スルモノナリ故ニ五十圓ノ債權ニ基キテ百圓ノ債權ノ差押ヲ爲サントスル場合ニハ之ヲ分割シテ五十圓ノミノ差押ヲ爲シ得ヘキヲ以テ第五六四條ノ規定ノ適用トシテハ此場合ニ於テ百圓全部ノ差押ヲ爲スコトヲ得ザルカノ疑ヲ生ス然レトモ我訴訟法ノ解釋ノ制限ハ債務者ヨリ申出ツルコトノ權利ヲ規定セリ若一箇ノ債權中執行ノ原因タル債權額ノ限度ニ於テ差押ヲ爲スヘキモノトセハ同條ヲ適用スヘキ場合ヲ生セス同條ニ差押債權額ニ制限ヲ設クルコトノ規定ヲ存スルヲ以テ視レハ我訴訟法ハ執行ノ原因タル債權額ヨリ多額ナル一箇ノ債權ノ全部ヲ差押フルコトヲ許シタルモノナリト謂フヘシ

債權者ハ又其執行ノ目的タル債權中一部分ニ限リテ之ヲ差押フルノ權利ヲ有スルカ故ニ甲乙二箇ノ債

利ニ對シテ其執行ノ原因タル債權額ヲ兩分シテ各部分ニ應スル差押ヲ爲スコトヲ得ルモノトス例之五
十圓ノ債權ニ基キテ百圓ツツ二箇ノ債權ニ付各二十五圓ツツ差押フルコトヲ得而シテ是必シモ平等
ノ配分ナラサルモ可ナリ唯如此兩分シテ其部分ノミノ差押ヲ爲シタルトキハ第六〇二條ノ適用ヲ受ケ
サルモノトス則第六〇二條ハ他ノ債權者ノ申立ニ因テ差押債權者ニ優先權ヲ生スルノ結果ヲ規定シタ
レトモ差押債權者自己ノ行為ニ因テ優先權ヲ生セシムルコトヲ規定セザレハナリ但連帶債務者ニ對シ
テハ差押額ノ限度ハ各債務者毎ニ之ヲ定ムヘキモノニシテ全債務者ヲ通シテ之ヲ定ムヘキモノニ非ス
差押ノ禁止 差押ノ禁止トハ債務者ニ財産ノ存スルニモ拘ラス差押ヲ爲ス能ハサル場合ヲ謂フ是第五
六四條第三項ニ規定スル所ノモノナリ即其差押ヘントスル目的物ヲ換價スルモ強制執行ノ費用ヲ償フ
テ剩餘ヲ得ル見込ナキ場合ニ於テハ差押ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ其理由ハ斯ル場合ニ於テ差押ヲ
爲スモ債權者ヲシテ満足ヲ得セシメントスル強制執行ノ目的ヲ達スルヲ得サルヲ以テナリ然リト雖此
禁止ハ一時の性質ヲ有シ後ニ至テ債務者カ十分ノ資力ヲ得タル場合ニ在テハ執行ヲ再施スルヲ妨ケ
ス而シテ執行ヲ再施スル場合ニ於テハ第二ノ執行ハ第一ノ執行ノ繼續ト見ルヘキナリ從テ第一執行ノ
際ニ辨濟ヲ受ケサリシ執行費用ハ第二ノ執行ニ於テ之ヲ取立ツルコトヲ得ルモノトス
強制執行ニ對スル第三者ノ權利 強制執行ノ目的物ヲ占有シ且之ニ對シテ物上擔保權ヲ有スル第三者
ハ其物ニ對スル強制執行ヲ妨グルコトヲ得ルモノナリ例之留置權者質權者ノ如シ故ニ此等ノ物權者ハ
其擔保物ニ付テ差押ヲ受ケタル場合ニハ之ニ對シ或ハ第五四條ニ依リ或ハ第五九條ニ依テ異議ヲ
主張スルコトヲ得ルモノナリ而シテ此以外ノ擔保權者即目的物ヲ占有セサル第三者ハ差押ヲ妨グルコ
トヲ得ス然レトモ其擔保物ノ賣却代金(賣得金)ニ對シテ優先辨濟ヲ求ムルコトヲ得ルモノニシテ之ヲ

求ムルニハ訴ノ形式ヲ以テセサルヘカラス此訴ニ關シテハ假處分シテ賣得金ノ供託ヲ求ムルコトヲ
得ル此假處分ノ申立ニ關シテハ第五四七條及第五四八條ノ規定ヲ準用スルモノトス
先第五四七條ノ規定ハ如何ナル範圍ニ於テ準用セラルヘキカト云フニ左ノ二點ナリトス
第一點ハ原告(此訴ニ於テ)ハ其申立ヲ受訴裁判所ニ對シテ爲スヘク急迫ナル場合ニ於テハ執行裁判所
ニ爲スヘキモノナリ此申立ニ對スル裁判ハ口頭辨論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ヘク急迫ナル場合ニ於テ
ハ受訴裁判所ノ裁判長ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス
第二點ハ假處分ノ申立ヲ理由アリトシタル場合ニ於テ裁判所ハ保證ヲ立テシメ若クハ立テシメスシテ
賣得金ノ供託ヲ命スルコトヲ得ルモノトス
第五四八條ハ如何ナル範圍ニ於テ準用セラルヘキカト云フニ此訴ニ對シテ判決ヲ爲ス場合ニ於テハ假
處分シテ既ニ發シタル命令ヲ認可又ハ取消ス場合ニ準用セラル即原告ノ請求ヲ相當ナリトスルキハ
其命ヲ認可スルコトヲ判決主文ニ掲クヘク原告ノ請求ヲ相當トセサル場合ニ於テハ其命ヲ取消ス旨ヲ
判決主文ニ掲クヘキモノトス次ニ同條ニ於ル變更ノ準用アリヤ否ヤハ茲ニ是ヲ確定シ難キモ想像スル
ニ保證ヲ立テシメテ賣得金ノ供託ヲ命スルノ假處分アリシ場合ニ訴ニ對スル裁判ニ於テ之ヲ無保證ノ
供託ニ變更スルカ如キ場合はナラン
動産ニ對スル先取特權者ハ差押アリタル動産ニ對シ競賣法ニ依テ競賣ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルヤ曰ク
之ヲ爲スコトヲ得ス其理由ハ差押ヲ爲シタル執達吏ヨリ差押物ノ占有ヲ移サシムルコトヲ得サルヘク
又差押ヲ爲シタル執達吏ニ依頼スル場合ニ於テモ先ノ差押ヲシテ其效力ヲ消滅セシムルコトヲ得サレ
ハナリ(反對論アリ)

第二節 有體動産ニ對スル強制執行

第一款 差押フルコトヲ得ヘキ有體動産

第一 差押ノ目的物タル動産ハ金錢又ハ金錢ニ換價シ得ヘキモノニシテ處分ヲ許スモノナルコトヲ要ス。即其主タルモノハ内國ニ於テ通用スル貨幣、紙幣、内國ニ於テ強制通用力アル外國ノ貨幣、紙幣及兌換銀券是ナリ而シテ強制執行法上有價證券ハ證券自體ヲ以テ有體動産ト同一ニ取扱ハルモノナリ但之ニ關シテ注意スヘキハ有價證券ト爲替手形其他裏書ヲ以テ譲渡スルコトヲ得ル證券トヲ混同スヘカラサルコト是ナリ凡此等ノ證券ハ第六〇三條ニ依レハ其執行方法トシテ執達吏之カ占有ヲ爲スヘキモノナリ然レトモ有體動産トシテ差押ヲ爲スニ非シテ債權トシテ差押ヲ爲シ手續ノ第一著トシテ執達吏カ該證券ノ占有ヲ爲スヘキモノナリ如此手形其他裏書ヲ以テ移轉スル證券ヲ執達吏ヲシテ占有セシムル所以ノモノハ此等ノ證券ハ其性質上裏書ヲ以テ其所有權ヲ移轉スルコト自由自在ナルカ故ニ通常ノ債權ニ對スル執行方法ニ依ルトキハ多クノ場合ニ於テ差押債權者ヲシテ差押ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ至ラシムルコトアルヘケレハナリ

第二 差押ノ目的タルヘキ動産ハ債務者ノ所有ニシテ且其占有ニ屬スルモノナルコトヲ必要トス。此點ニ關シテハ法律ハ一ノ緩和の規定ヲ設ケタリ即第三者ノ占有ニ屬スル場合ト雖其第三者ニ於テ異議ナキトキハ之ヲ差押フルコトヲ得ルモノトセリ唯茲ニ問題トナルハ債務者ト第三者トノ共有ニ屬スル有體動産ハ直ニ差押フルコトヲ得ルモノト得ルモノト否ヤノ點是ナリ此問題ニ關シテハ學說種種ニ分歧スレトモ煩ヲ避ケテ其最精確ナリト信スルモノヲ述フルニ止メン則予ハ之ニ對シテ消極的ノ解答ヲ與フ詳言スレハ

第三者ト債務者トノ共有物ハ直ニ差押フルコトヲ得サルモノトス何トナレハ若直ニ差押フルコトヲ許ストセハ債務者ナラサル第三者ノ所有權ヲ害スル結果ヲ生スルヲ以テナリ然レトモ斯ル場合ニ於テ債權者ハ共有物ニ對シテ何等ノ行爲ヲモ施スコトヲ得スト云フニ非ス換言スレハ間接ニ差押ノ目的ヲ達スルコトヲ得ルモノナリ其方法ハ後ニ説明スルカ如ク第六二五條ニ從ヒ債務者ノ持分ニ對シテ強制執行ヲ爲シ其結果トシテ債權者ニ屬スル共有物分割ノ權利ヲ行使シ此分割セラレタル物ニ對シテ通常ノ有體動産ト同一ニ換價處分ヲ行フコトヲ得ルモノトス

財產權ニ關スル證書ハ有體動産トシテ強制執行ノ目的物ト爲ルモノニ非ス唯其證明スル所ノ財產權ニ對シテ強制執行ヲ爲ス場合ニ於テ執達吏ハ債務者ヨリ強制ノ方法ヲ以テ其占有ヲ移サシムルコトヲ得ルノミ

我訴訟法ハ差押ノ目的物ノ禁止制限ニ關シテ種種ノ規定ヲ設ケ即第一、絕對的ニ差押ヲ禁スル物アリ

第二 債務者ノ意思ニ從テ差押ヲ禁スル物アリ第三、一定ノ條件ヲ具備セサレハ差押ヲ爲スコトヲ得スト爲シ第四、第三者ノ意思ニ從テ差押ヲ禁セリ

第一 絕對ニ差押ヲ禁シタル場合ハ第五七〇條第三號乃至第八號ニ掲ケタル物件ニ對シテ強制執行ヲ爲サントスルトキ是ナリ債務者ノ所有物ニ對シテ差押ヲ禁スルハ蓋公益上債務者ヲ保護スルノ必要アリトノ理由ニ出タルモノナリ何故ニ公益上債務者ヲ保護スルノ必要アリヤハ教育ヲ普及セシメントノ趣旨美善行ヲ獎勵セントノ趣旨智識ノ進歩國富ノ増大ニ障礙ヲ來サラシメントノ趣旨其他或ハ債務者ノ地位ヨリ觀察シ或ハ債務者ノ窮乏ノ狀態ヨリ觀察シ或ハ債務者ノ職業ヨリ觀察シ或ハ物件ノ性質ヨリ觀察シタル立法者ノ認定ニ因ルモノト開フ外ナレ例之學校ニ於テ使用スル書籍ノ如キハ

若之カ差押ヲ許ストセハ教育ヲ普及セシムルノ障害ト爲ルヘク又名譽ノ影響ノ如キモノヲ差押フルハ人ヲシテ善行美事ヲ獎勵スルノ障害ト爲ルヘク又官吏ノ地位ニ相當スル衣服ノ如キモノヲ差押フルトキハ官吏タルノ品位ヲ維持スル能ハス延テ公務ノ執行ニ影響ヲ及ホスヘク又農業者ノ器具ノ如キモノヲ差押フルハ殖産上ニ影響ヲ生スルニ至ルヘキカ如シ

第二 關係のニ差押ヲ禁シタルモノニシテ第五七〇條第一號第二號及第九號以下ニ列舉セルモノ是ナリ此等ノ種類ノモノハ債務者ニ於テ異議ナキトキハ強テ法律カ干涉シテ其差押ヲ禁止スヘキ理由ナキカ故ニ債務者ノ承諾アルトキハ差押ヲ許シタリ例之同條第一號ニ規定セル衣服、寢具、家具ノ如キハ之ヲ隨意ニ差押フルコトヲ許ストキハ債務者ヲシテ寒ヲ凌キ食物ヲ調理スルコトヲ得サル結果即債務者ヲシテ饑寒ニ迫ラシムル狀態ニ至ルヘキカ故ニ法律ハ一應之ヲ禁シタリト雖債務者ニシテ其差押ヲ拒マサランカ債務者ハ饑寒ニ迫ルノ憂ナク他ニ之ニ應スル準備アルモノト見ルヘキヲ以テ之ヲ差押フルコトヲ許シタリ

第三 一定ノ條件タル事實ノ存セザルトキハ差押フルコトヲ得サル物アリ其ハ果實是ナリ即果實ハ第三一定ノ條件タル事實ノ存セザルトキハ差押フルコトヲ得サル物アリ其ハ果實是ナリ即果實ハ成熟時期ヨリ一箇月前ニ於テスルニ非スシハ之ヲ差押フルコトヲ得ス是第五六八條ニ規定スル所ニシテ其理由ハ通常果實ハ木木ヲ培養スルニ因テ成熟シ成熟スルニ因テ始メテ人類ノ需用ヲ充タスヲ得ヘク若其培養ヲ怠ランカ果實ハ成熟スルモノニ非ス而シテ今成熟時期ニ先ツコト數月ナルニ其差押ヲ許ストセハ債務者ハ其成熟ノ時ニ至ラハ債權者ノ所得ニ歸スヘク自己ノ勢力ノ効少キヲ慮リ之ニ培養ヲ加ヘスシテ不熟ニ終ラシムルコト往往生スヘキヲ以テ如此殖産上寒心スヘキ結果ヲ防カントスルニ在リ其ハ二箇ナリ蓋ハ揚リ蓋ト爲ラサレハ差押フルコトヲ得ス揚リ蓋トハ地方ニ由リ或ハ三眠或ハ四眠

ヲ經テ桑葉ヲ食セザルニ至リタルモノヲ謂フ而シテ此時期ニ達スレハ人力ヲ要セシテハ蠶ハ繭ヲ成スニ充分ナルカ故ニ假令債務者カ之ニ手當ヲ加ヘサルモ爲ニ價ヲ失フコトナカルヘキヲ以テ差押ヲ爲スコトヲ許シタリ

第四 第三者ノ占有物件ハ假令債務者ノ所有ニ屬スルトキト雖其承諾アルニ非スシハ之ヲ差押フルコトヲ禁シタリ其理由ハ第三者ノ有スル權利ヲ害セザランカ爲ナリ

右第五七〇條ニ於テ差押ヲ禁シタル各種ノ物ハ豫メ契約ヲ以テ其權利ヲ拋棄スルコトヲ許ササルモノナリ是公益規定ナルヲ以テナリ

本條ノ規定ハ或點ニ關シテハ詳密ナルニ拘ラス或點ニ關シテハ不備ナルノ嫌アリ例之食料薪炭ノ現物差押ヲ禁ズレトモ之ニ充ツヘキ金圓ノ差押ヲ許シ農業者ノ職業ノ器具ハ差押ヲ禁ズレトモ漁業者獵業者ノ職業上不必要ナル器具ノ差押ヲ禁セザルカ如シ

第二款 差押ノ實施

差押ノ實施ハ其目的物ノ性質ニ從テ手續ヲ異ニス故ニ場合ヲ分テ之ヲ論セン

(甲) 金錢 金錢ニ對スル差押ハ執達吏之ヲ占ヘシテ爲スモノナリ則執達吏ノ催告ニ對シテ債務者カ任意ニ辨濟ヲ爲シタル場合ハ純然タル差押ト謂フコトヲ得ス反之執達吏カ強制力ヲ以テ搜索セル結果金錢ヲ差押ヘタル場合ニ於テハ即法律ニ所謂差押ナルモノヲ生ス此第二の場合ニ在テハ執達吏カ金錢ノ差押ヲ爲スト同時ニ辨濟ノ效力ヲ生ス其效力ハ(1)其金錢ノ滅失ノ危險ヲシテ差押債權者ニ移轉セシメ(2)他ノ債權者ヲシテ配當要求ノ權利ヲ失ハシメ(3)差押ヘタル金額ノ限度ニ至ル迄債務ヲ消滅セシムル

ニ在リ然レトモ執達吏カ金錢ヲ差押アルモ以上ノ效力ヲ生セサル場合アリ即保證ヲ立ラ又ハ供託ヲ爲シテ執行ヲ免ルルコトヲ債務者ニ許シタル場合はナリ其理由ハ斯ル場合ニ於テ右ノ如キ效力ヲ生セシムルハ債務者ノ利益ニ反スルモノナリト云フニ在リ今此等ノ場合ヲ例示スレハ第五〇〇條第五一二條第五二條第五四四條第五四七條第五四九條等ナリトス

(乙) 金錢ニ非サル有體動産 此差押ハ執達吏之ヲ占有シテ爲スモノナレトモ其占有ノ手續ハ金錢ノ差押ノ如ク簡易ナルモノニ非ス

第一 執達吏ハ其占有シタル動産ヲ差押物貯藏所ニ運搬シテ之ヲ保管スヘキモノトス而シテ貯藏所ヲ設置スルコトハ執達吏職務細則ニ依リ命セラレタル執達吏ノ義務ナリトス又同細則ニハ若執達吏カ運搬ノ爲ニ不便ヲ感スル場合ニハ差押地ニ住居シテ信用アリ且辨價ノ實力アル者ニ差押物ノ保管ヲ託スルコトヲ得セシメタリ

第二 特別ノ場合ニ於テ執達吏ハ差押物ノ保管ヲ債務者ニ託スルコトヲ得然レトモ此手續ニ依ラントセハ次ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス其一ハ債權者ノ承諾アルコト或ハ運搬ノ爲メ重大ナル困難ヲ感スルコト其二ハ封印其他ノ方法ヲ以テ差押ヲ明白ニスルコト是ナリ

(丙) 債權者又ハ物ノ提出ヲ拒マサル第三者ノ占有物 債務者ノ占有セル場合ト同ク差押ノ手續ヲ盡サタルヘカラス茲ニ疑ノ生スルハ債權者ノ占有物ニ付テハ差押ヲ實施スルノ必要ナキニ非サルカノ點ニ在リ然レトモ其必要アルヤ明ナリ即我民事訴訟法ハ他ノ債權者ヲシテ配當要求ヲ爲スコトヲ許シタルカ故ニ假令債權者ノ占有ニ屬スル物ト雖之ヲ差押ヘサルトキハ其債權者ノ行爲ニ因リ配當債權者ノ權利ヲ害スルノ結果ヲ生シ得ヘキヲ以テナリ

第三款 差押ノ效力

差押ハ如何ナル效力ヲ生スルヤト云フニ之ヲ學理上第一、債權者ニ對スル效力第二、第三者ニ對スル效力ノ二區別スルヲ得ヘシ

債權者ニ對スル效力トシテハ債務者ヲシテ差押物ヲ處分スルコトヲ得サラシムルニ在リ又法律ニ定メタル手續ニ從ヒテ換價スルコトヲ得ルニ在リ

第三者ニ對スル效力トシテハ物上擔保權ヲ有スル者ト雖其物ノ換價ヲ妨クルコト能ハサルニ在リ又第三者ヲシテ自己ノ債權ニ基キ其物ヲ差押ナルコトヲ得サラシムルニ在リ而シテ此效力ノ範圍ハ差押物ヨリ生スル天然ノ產出物ニ及フモノトス(五六九條)

執達吏ハ差押ヲ實施シタルトキハ之ヲ債務者ニ通知セサルヘカラス(五六六條三項)若此通知ヲ怠リタルトキハ債務者ハ之ニ因テ生シタル損害ノ賠償ヲ執達吏ニ求ムルコトヲ得ルモノナリ例之債務者ノ在ラサル場合ニ於テ差押ヲ爲シ債務者ニ通知セザリシカ故ニ債務者之ヲ知ラシテ辨濟ヲ爲シ而シテ差押物ノ廢敗シタルカ如キ場合ニ於テハ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス(五三二條)

又執達吏ハ差押ヲ爲シタルトキハ差押圖書ヲ作成セサルヘカラス是第五四〇條ニ據テ此義務ヲ負フモノトス

執達吏ハ差押物ノ換價ヲ爲ス迄之ヲ保存スルノ責任アリ而シテ保存ノ爲メ必要ナル費用ハ債權者ヲシテ豫納セシムルコトヲ得ルモノナリ數名ノ債權者ノ爲ニ差押ヲ爲ス場合ニ在テハ各債權者ノ要求額ノ割合ニ應シテ之ヲ豫納セシムヘキモノトス(五七一一條)

第四款 差押實施後ノ手續

金錢ニ就テハ説明スヘキコト少シト雖執達吏カ金錢ノ差押ヲ爲シタルトキハ其差押ヨリ二日內ニ其金錢ヲ差押債權者ニ引渡ササルヘカラス若配當要求アリテ配當ニ關シ債權者間ニ協議成立セザルトキハ執行裁判所ニ事情ノ届出ヲ爲シ裁判所配當ノ手續ヲ爲ス(執達吏職務細則六一)第五七四條ニ債權者ニ引渡スヘシトアリテ其期間ニ關シテハ規定スル所ナシ故ニ細則ヲ設ケテ補足セルナリ金錢以外ノ有體動産ハ差押ヲ爲シタル後ハ換價ノ手續ヲ生ス

第一項 換價ノ手續

換價ノ通例ノ方法ハ競賣ヲ以テ之ヲ爲ス然レトモ例外トシテ第五八五條ニ示ス如ク競賣以外ノ換價方法ヲモ許セリ例之入札拂ノ如キ之ナリ又關係者ノ承諾アルトキハ(茲ニ關係者トハ差押債權者執行力アル正本ヲ有スル債權者及債務者ヲ謂フ)其合意ヲ以テ定ムル代價ヲ以テ其債權者ノ中一人又ハ數人ニテ之ヲ買受タルコトヲ得ヘシ又差押ノ目的物ニ由テハ通則トシテ競賣ノ手續ヲ實施セザルモノアリ取引所ニ於テ一定ノ相場ノ定マレル有價證券ノ如シ(五八一條)即賣却日ニ於テ相場ヲ以テ執達吏適宜ニ競賣スルコトヲ得ヘク而シテ賣却ヲ爲スニハ執行關係者ノ承諾ヲ要セス(五七二條)執達吏カ競賣ヲ實施スルハ執行機關トシテ之ヲ爲スナリ當事者ノ代理人タル資格ヲ以テ爲スニ非ス故ニ訴訟法第五八八條ニ執達吏カ競賣ヲ實施スルコトヲ怠レル場合ニモ差押債權者ハ其委任ヲ解クトコトヲ得タル旨ヲ間接ニ示セリ

五七二條ハ殆ど之ヲ存スルハ價值ナキモノトス何トナレハ執達吏ハ有體動産ニ對スル強制執行機關ナリ故ニ強制執行機關タル執達吏カ差押ヲ爲シタル財産ヲ換價スルノ手續ヲ爲スヲ得ルハ自明ノ理ニシテ執行委任ノ中ニハ換價ノ委任ヲモ包含スルハ疑ヲ容レズ然ルニ法文ニハ「債權者又ハ裁判所ノ特別委任ヲ要セスシテ」ノ文字アリ余ハ此條文中特ニ右ノ文字ヲ存スル必要ナシト信ス而モ此法文アル爲ニ第五八五條ノ換價手續ヲ爲ス場合ニハ特別ノ委任ヲ要スヘシトノ異論ヲ生スルノ虞アリ故ニ此法文ハ削除スルヲ可トスルモ強テ之ヲ存置セントセハ單ニ「換價ハ公ノ競賣ヲ以テ之ヲ爲ス」トセハ足レリ之ト牽聯シテ第五八五條ニ依リ執達吏ニ非サル者競賣ヲ爲ストキハ此者ハ如何ナル資格ヲ有スルヤ詳言スレハ執達吏ノ代理人タルカ或ハ執行關係者ノ代理人タルカ或ハ一種特別ナル執行機關タル資格ヲ以テ爲スカ法文ニハ規定ナキモ學理トシテハ即此場合ノ競賣實施者ハ執達吏ノ職務ヲ行フ一種特別ノ機關ニシテ而モ執達吏ノ代理人ニ非ス又執行關係者ノ代理人ニモ非ス換價スレハ執行裁判所ノ命シタル特別機關ナリト云フヲ當レリトス以下利害關係人ニ付テ述フヘシ

不動産ニ對スル強制執行ニハ法文ニ利害關係人ニ付特別ノ規定アリ然ルニ有體動産ニ對シテハ其條文ヲ存セザルモ學理上之者ヲ以テ利害關係人ト爲スヘキナリ第一、差押債權者第二、執行力アル正本ニ因リ配當ヲ要求スル債權者第三、債務者ニシテ第五八九條ニ所謂債權者ハ利害關係人ト爲ラス但此債權者ト雖配當要求ヲ爲シタル後ニ其債權ハ債務者又ハ差押債權者、執行力アル正本ニ基キ配當ヲ請求スル債權者等ノ認ムルニ至リタル場合或ハ又爭アリテ訴ヲ起シ自己ノ債權ヲ確定シタル場合ニハ執行力アル正本ニ因テ配當ヲ要求スル債權者同一ノ權利ヲ有スルニ至ルヲ以テ此時ニ於テハ利害關係人トナルモノナリ

競賣ノ場所ニ付テハ第五七六條ニ規定スル所ナリ差押ヲ爲シタル市町村ニ於テ之ヲ爲スナリ（五七六條）但此原則ニハ例外トシテ差押債權者及債務者ノ承諾アリタルトキ即合意アリタルトキハ他ノ場所ニ於テモ競賣ヲ爲スコトヲ得ヘシ（五七七條）此規定ニ就テモ亦學理上一ノ批難ヲ免レス何故ニ執行力アル正本ニ因リ配當要求ヲ爲ス債權者ヲシテ他ノ場所ニ於テ競賣ヲ爲スコトニ關シ自己ノ意見ヲ主張スルコトヲ許サザリシヤ此執行力アル正本ヲ有スル債權者ハ執行手續ニ著手シタル時ヨリ其地位ハ差押債權者ト異ナラス即後ニ説明スル照査手續ノ場合ニ此債權者ハ差押債權者ト爲ルコトアリ然ルニ法律ハ此債權者ヲ差押債權者ト同一視セザリシハ不當ノ規定ナリトス

差押地ニ於テ競賣セシムル理由ハ第一運搬費ヲ省クニ在リ第二債務者カ競賣ノ實施ヲ監視シ得ルノ便アルニ在リ或ハ曰ク多クノ場合ニ於テ差押ヲ爲シタル市町村ニ於テ競賣ヲ爲ストキハ其物ノ需要者ヲ得ルコト容易ナリト是時トシテハ或ハ然ランモ之ヲ以テ一般ノ理由ト爲スニ足ラス

次ニ競賣ノ時期如何ト云フニ競賣ヲ爲スニハ差押ヲ爲シタル日ヨリ七日ノ期間ヲ存スルコトヲ要ス（五七五條）此期間ヲ設ケタルハ第一需要者ヲ多ク集メントスルニ在リ即チ公告ノ效果ヲ十分ナラシメンカ爲ナリ第二差押債權者以外ノ債權者ヲシテ配當要求ノ時間ヲ得セシメンカ爲ナリ然レトモ此原則ニハ三ノ例外アリ第一例外ハ差押債權者ノ執行力アル正本ニ因テ配當要求スル債權者及債務者ニ於テ合意シタルトキハ此制限ニ關セス速ニ競賣ヲ爲スコトヲ請求スルコトヲ得ヲ以テ觀ルモ前述セル第五七六條ノ不當ナルコト益明ナリ第二例外ハ差押物ヲ貯藏スル爲メ相應ノ費用ヲ要スルトキハ貯藏ハ總テノ差押物ニ就テ云フモ其實際ノ適用ヲ見ルハ外國ノ鳥獸ノ如キ動物ニ存ス第三例外ハ物ノ價格ニ著シキ減少ヲ來ス處アルトキナリト以上三箇ノ事由存スルトキハ七日ノ期間ヲ要セサルモノトス

次ニ競賣ノ公告ニ付テハ第五七六條二項ニ規定スル所ニシテ則チ公告ニハ競賣ノ場所及日時ヲ掲ゲサルヘカラス佛國民事訴訟法ニ依ルトキハ此公告ヲ爲スヘキ方法及チ公告ヲ爲スヘキ場所ニ關スル規定アリテ例之動産所在地及所在地ノ市廳邑區日本ナラハ市町村役場ノ門前及市場其地ニ市場ナクハ近地ノ市場並ニ區裁判所ノ門前ニ公告スルヲ要シ新聞ヲ發行スル市邑ナラハ尙新聞ヲ以テ公告スルモノトス我民事訴訟法ニハ如此規定存セサルカ故ニ（獨逸亦然リ）便チ如何ナル方法ヲ以テ如何ナル場所ニ公告ヲ爲スヤハ執行機關ノ專權ニ屬ス

次ニ差押物ノ評價ヲ説カン執達吏ハ常ニ差押物ヲ評價セシムル責任ナシ法律ニ依リ競賣前ニ評價ヲ必要トスルハ高價物ヲ競賣スル場合ニシテ主トシテ金銀製ノ器物或ハ古書畫ノ如キ是ナリ（五七三條）而シテ茲ニ所謂評價トハ宣誓ノ方式ヲ履行セシ鑑定人ニ非ス此鑑定人ハ證據調ニ必要ナルトキノ鑑定人ト異ナリ宣誓ヲ要セサルモノトス以下競賣ニ關スル手續ヲ述ヘン

競賣ノ實施ニ付テハ第五七七條ニ規定アリ競賣ハ最高價ヲ三回呼上ケタル後之ヲ爲ス競賣人ニハ代金ト引換ニ競賣ノ場所ニ於テ其期中ニ競落物ノ引渡ヲ爲スヘキモ是普通ノ場合ニシテ賣却條件ヲ以テ代金支拂ノ期日ヲ定ムルコトヲ得ヘク又競賣物ノ引渡期日ヲモ特別ノ賣却條件ヲ以テ定ムルコトヲ得ヘシ又再競賣ニ就テハ同條第三項ニ規定スル所ニシテ如何ナル場合ニ之ヲ爲スヘキヤト云フニ第一代金支拂ニ關スル特別ノ賣却條件存セサル場合ニ於テ競落人カ競賣期日ノ終ル迄代金ヲ支拂ハサルトキ第二特別ノ賣却條件トシテ支拂期日ヲ定メタル場合ニ競落人其期日ニ代金ヲ支拂ハサルトキ是ナリ再競賣ノ性質ニ關シテハ學者說ヲ異ニス或ハ再競賣ハ第一ノ解除ニシテ債務者ノ財産ニ復歸シタルモノヲ競賣スルモノナリト云ヒ或ハ競落人ノ所有ニ屬シタルモノヲ競賣スルモノナリト云フ今此兩說ヲ

仔細ニ判斷スルニ當リ先第五七七條第三項ノ規定ヲ知ルヲ要ス則チ同項末段ニハ前ノ最高價競買人ハ再度ノ競落代價カ最初ノ競落代價ヨリ低キハ其不足ヲ擔任スヘシ其高キトキハ剩餘ヲ請求スルコトヲ得ストアルモノ是ナリ第一競落解除說ノ主張スル理由ハ強制競買ハ債務者ニ對スル執行方法ナルカ故ニ債務者ニ對スル執行名義ヲ以テ債務者以外ノ者ニ對スル強制執行ノ名義ト爲スヲ得ス反對說ニ從ハンカ債務者ニ對スル執行名義ヲ以テ競落人ニ對スル執行名義ト爲スモノナリ換言スレハ競落人ノ財産ノ競買ナリトセンカ強制競買ノ名義ヲ缺如ス故ニ再競買ハ債務者ニ對スル執行方法ト爲スニ非ラレハ之ヲ許ス理由ヲ説明スルヲ得ス而シテ債務者ニ對スル執行方法ナリト爲スニハ第一競落ハ解除セラレタルモノニ非サレハ之ヲ言フヲ得ス故ニ再競買ヲ以テ強制執行ノ方法ナリト爲ス以上第一ノ競落ヲ當然解除スルモノト謂ハサルヘカラスト云フニ在リ而シテ此說ノ論者ハ代金支拂期日ノ經過ヲ以テ當然法律上解除ノ效力ヲ生スルモノナリト云ヘリ第二說ノ論者ハ曰ク再競買ノ性質ヲ定ムルニハ執行ノ目的物カ有體動産タルト不動産ナルトニ因リ其性質ヲ異ニスヘキニ非ス第六八八條ニ依ルトキハ不動産ニ付テハ我立法者ハ再競買ヲ以テ競落人ノ所有物ヲ競落スルモノナリトノ主義ヲ採ラタルコト明ナリ何トナレハ同條第四項ニ「競落人カ再競買期日ノ三日前迄ニ買入代金及手續ノ費用ヲ支拂ヒタルトキハ再競買手續ヲ取消スヘシ」トアリ此規定タルヤ再競買ノ場合ニ於テ競買目的物ノ所有權ヲ以テ競買人ニ屬スルモノトスルニ非レハ説明スルヲ得ス不動産ヲ再競買ニ付スル場合ニ其不動産ハ既ニ債務者ノ所有ニ復歸シタルモノトセンカ換言スレハ第一ノ競買カ解除セラレタリトセンカ其解除後ニ於テ競落人ノ代價ノ提出ハ賣買ノ提供タルニ過キスシテ買主トシテ義務履行ヲ云フヘカラスト從テ其代金トシテノ支拂アリトスルモ再競買ヲ取消スノ理由存セサレハナリ是第一ノ理由タリ其他尙第五七

七條ノ末項末段ニ「其高キトキハ剩餘ヲ請求スルコトヲ得」トアリ再競買ノ場合ニ第一ノ競落人ハ競落物ニ對シテ所有權ナシトセハ剩餘ヲ請求シ得サルハ當然ノコトニ屬シ又此規定ノ必要ヲ見ス反之競落人ノ所有物ヲ競買ニ付スルモセハ此規定ヲ要スルヤ勿論ナリ即競落人ハ自己ノ所有物ヲ競買シタルモノナルカ故ニ再度ノ競落代價カ高キトキハ其剩餘ニ對シテ權利ヲ有スルハ當然ナレトモ此剩餘金ヲ第一競落人ニ得セシムルハ不當ナルヘキカ故ニ民法上ノ通則ニ一例外ヲ置キ此規定ヲ存スルニ至リシナリ之レ第二ノ理由タリ又解除說ニ從フキハ第一ノ競落人カ其代金支拂ノ義務ヲ盡サシテ而モ其後ニ生スヘキ責任ヲ免ルルニ至ル結果ヲ生ス即代金支拂期日以後再競買ノ期日又ハ再競落ノ時期迄ノ間ニ執行ノ目的物カ天災ニ因リ消滅セシナラハ第一ノ競落人ハ其責任ヲ負擔セサルノミナラス自己ノ義務ヲ履行ニ拘ラス何等ノ負擔ヲ受クルコトナキ結果ト爲ル何トナレハ其競落ノ解除セラレタル結果債務者ニ幾何ノ損害ヲ生セシメタルヤ知ルコト能ハサレハナリ競落人ノ所有物ヲ競買スルモノトスルトキハ物ノ消滅ハ競落人ノ損失ニ歸スヘキカ故ニ前示ノ如キ不公平ナル結果ヲ生セス是第三ノ理由タリ以上兩說ハ各一理アリ然ルニ我訴訟法ハ此點ヲ解決スルノ根據トナスヘキ規定ナク改正案ニモ亦其規定ナシ余ハ第二說ヲ以テ理由アリト爲スモノナリ此點ニ付テハ不動産ニ對スル強制執行ノ章ニ於テ更ニ論スヘシ次ニ競買ノ終結ヲ述ヘン

競買ノ終結ハ何時ナリヤ第五七八條ハ此點ニ付規定セリ即賣得金ヲ以テ債權額ト執行費用額トヲ償フニ至リシ場合ニハ縱令他ニ差押物アルモ之ヲ競買スルコトヲ得ス此時ヲ以テ競買ヲ止ムヘキモノトス

競買モ亦執行行為ノ一ナルカ故ニ執行機關タル執達吏ハ第五四〇條ニ從ヒ其調書ヲ作ラサルヘカラスト

就賣代金ノ支拂アリタルトキハ債權者ハ其金額ヲ受領セスト雖モ此支拂ヲ爲シタルトキニ於テ債務者ヨリ辨済アリタルモノト見做スモノナリ但第五〇〇條第五一二條第五二條第五四七條ノ場合ニハ債務辨済ノ推定ヲ生セス

以上ハ競賣ニ關スル一般ノ手續ナリ尙金銀物ニ付テハ其金銀ノ實價以下ニ競落スルコトヲ許サストノ特別ノ規定アリ(五八〇條)

第二項 照査手續

我民事訴訟法ニ於テ照査手續ヲ規定スルノ必要ヲ生セシハ第五八六條ニ既ニ差押ヲ實施シタル目的物ニ付テハ更ニ差押ヲ爲スコトヲ許サストノ原則ヲ採用シタルニ依ルモノトス同一ノ目的物ニ對シテ數回差押ヲ爲スコトハ立法論トシテ不當ナルヤ否ヤハ今日一定ノ斷案ヲ下スヲ得何トナレハ現ニ我民事訴訟法ニ反對ナル主義獨逸其他歐洲諸國ニ行ハレ又我民事訴訟法改正案モ現行法ニ反對ノ規定ヲ設ケ差押ハ同一ノ目的物ニ對シテ數回ノヲ爲スコトヲ許ストノ主義ヲ採用シタルハナリ而シテ現行民事訴訟法ニ於テ此主義ヲ採用シタル所以ノモノハ凡差押ナルモノハ債務者ヲシテ其處分ヲ爲スコトヲ禁スルヲ以テ主タル目的トス而シテ現ニ目的物ニ對シテ差押ヲ一回實施シタルトキハ之ヲ以テ差押ノ目的ハ達シタルモノナリ而シテ債務者ノ所有物ハ其總債權者ノ爲ニ共同擔保タリト云フ原則ヨリ之ヲ見レハ一債權者ノ爲ニ爲シタル差押ヲ以テ他ノ債權者ノ爲ニ效力ヲ有セシムルハ理論上其根據アルモノニシテ如此理論上既ニ根據アリ而シテ一回ノ差押ヲ以テ債務者ノ處分ヲ禁スルニ於テハ同一ノ目的物ニ對シテ數回差押ヲ爲スノ必要ナク加之差押ヲ爲スニ當リテハ必ヤ之ニ費用ノ伴フモノナリ又差押ノ性質

上執行機關ヲシテ相當ノ手續ヲ盡サシメサルヘカラス故ニ一面ニ於テハ二回以上ノ差押ハ其實益ナキト同時ニ他ノ一面ニ於テハ無益ノ訴訟費用ト無益ノ手數トヲ要スル弊害ヲ生スルモノナリ是我民事訴訟法第五八六條ニ於テ數回ノ差押ヲ許ササル主義ヲ採用シタル所以ナリ此點ハ佛國訴訟法ヲ採用セル主義ニ從ヘルモノナリ

右ノ如ク我民事訴訟法ハ同一ノ目的物ニ對シテ數回ノ差押ヲ許ササルカ故ニ照査手續ナル規定ヲ爲スノ必要ヲ生シタルモノナリ照査手續トハ其定義ト見ルヘキ規定ハ第五八六條第二項ニ存ス即一ノ執達吏カ債務者ニ對シテ差押ヲ爲シタル後他ノ執達吏カ他ノ債權者ヨリ強制執行ノ委任ヲ受ケタルトキハ既ニ差押ヲ爲シタル執達吏ニ對シテ其差押調書ノ閱覽ヲ求メ而シテ債務者ノ許ニ臨ンテ其財産ト差押調書トヲ對照シ未差押ヘナル物品アリシトキハ之ヲ差押ヘ其差押調書ヲ作リテ先キノ執達吏ニ交付スルモノナリ又差押フヘキ物品アラサルトキハ其旨ノ調書ヲ作製シテ之ヲ先キノ執達吏ニ交付スルモノナリ此調書ノ交付ト同時ニ第二ノ執達吏ハ第一ノ執達吏ニ對シテ總テノ差押物ノ競賣ヲ爲スヘキコトヲ求ムルモノトス此手續ヲ稱シテ照査手續トイフ

照査手續ハ左ノ效果ヲ生ス

(一) 第二ノ執達吏ニ對スル債權者ノ委任ハ照査調書ノ交付ト共ニ法律上當然第一ノ執達吏ニ移轉スルモノナリ

(二) 第二ノ差押債權者ノ爲ニ配當要求ノ效力ヲ生スルモノナリ

(三) 第一ノ執達吏ノ爲シタル手續カ取消サレタルトキハ照査手續ヲ爲シタル債權者ノ爲ニ當然差押ノ效力ヲ生スルモノナリ

第三項 配當要求

第一 配當要求ノ定義 配當要求トハ、差押債權者ニ非サル債權者カ自己ノ債權ノ性質ニ從テ差押財産ノ換價額ヨリ辨濟ヲ受ケ、ハコトヲ執行機關ニ對シテ要求スル法律行為ナリ。

第二 配當要求ノ種類 我民事訴訟法ニ於テハ配當要求ヲ左ノ三種ニ區別スルコトヲ得

其一ハ執行力アル正本ニ因ル配當要求其ニハ執行力アル正本ニ因ラサル配當要求其ニハ假差押トス假差押債權者ハ配當要求ノ債權者ト同一ニ取扱ハル即第六三〇條第三項ニ假差押ノ場合ニ於テ未タ確定セサル債權ノ配當額ハ尙之ヲ供託スヘシト規定セルニ依テ我法律ハ假差押債權者ハ配當債權者ト同一ノ權利アルモノトシタルコトヲ明ニ認ムルコトヲ得ルナリ

執行力アル正本ニ因レル配當ノ要求アリタルトキハ照査手續ヲ爲スモノナリ詳言セハ執行力アル單純ノ配當要求ヲ許ササルナリ若既ニ差押ヲ爲シタル財産ノミニ對シテ執行力アル正本ニ基キテ配當要求ヲ爲スアラハ不適法トシテ之ヲ却下セサルヘカラス道ハ法文上ノ根據其薄弱ナレトモ強テ之ヲ求ムレハ第五九一條第一項ニ於テ第五八六條第二項及第五九〇條ノ場合ニ於テ執達更ハ配當要求アリタルコトヲ配當ニ與ル各債權者及債務者ニ通知スヘシト規定シ執行力アル正本ニ因ル單純ノ配當要求ノ場合ヲ規定セス又第五八七條ニ於テ物ノ照査手續ハ云云既ニ爲シタル差押カ取消ト爲リタルトキ差押ノ效力ヲ生スト規定セリ執行力アル正本ヲ有スル債權者ハ自ら強制執行ヲ爲シ得ルモノナルカ故ニ若我民事訴訟法ニシテ執行力アル正本ニ因レル單純ノ配當要求ヲ許スノ精神ナランニハ此配當要求ノ爲ニ既ニ爲シタル差押ノ取消ト爲リタルトキハ差押ノ效力ヲ生スヘキコトヲ規定スヘキコト當然ナリ然ル

ニ右ノ如キ規定ナキヲ以テ見レハ我立法者ハ即單純ノ配當要求ヲ許サリシ精神ナリシコトヲ知ルヘシ

以上ハ條文ノ根據ナリ之ヲ理論上ヨリ考フルモ亦如此ナラサルヘカラス第五六四條第二項ニ依レハ差押ハ執行力アル正本ニ掲ケタル請求ヲ債權者ニ辨濟スル爲メ及強制執行ノ費用ヲ償フ爲ニ必要ナルモノノ外ニ及スコトヲ得ストセリ故ニ既ニ差押ヲ爲シタル後ニ配當要求ヲ受ケタルトキハ先ニ差押ヲ爲シタル債權者ハ其辨濟ヲ受クヘキ債務者ノ財産ノ減少ヲ受クルノ結果ニ至ルヘシ執行力アル正本ヲ有スル債權者ハ自ら差押ヲ爲スコトヲ得ルニ拘ハラズ單純ノ配當要求ヲ爲シテ差押債權者ノ辨濟ヲ受クヘキ財産ヲ減セシムルハ公平ニ非サルナリ此場合ニ於テ差押債權者ハ更ニ他ノ財産ヲ差押フルコトヲ得ルハ勿論ナレトモ若單純ノ配當要求ヲ許サハ差押債權者ヲシテ常ニ勞セシメ執行力アル正本ヲ有スル債權者ハ自ら勞スルコトナクシテ差押債權者ト同等ノ地位ニ於テ其債權ノ辨濟ヲ受クル結果ニ至ルヲ以テ是亦公平ナラスト謂ハサルヘカラス

執行力アル正本ヲ有セサル債權者ハ單純ノ配當要求ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ換言スレハ債務者ノ他ノ財産ヲ檢索スルコトヲ要セスシテ配當要求ヲ爲スコトヲ得ルナリ是第五八九條ニ規定スル所ニシテ此債權者ハ執行力アル正本ヲ有スルモノト異ナリテ自ら差押ヲ爲スコトヲ得サルモノナルカ故ニ單純ノ配當要求ヲ許スモノナリ

第三 配當要求ノ時期 配當要求ハ如何ナル時期ニ於テ之ヲ爲スモノナリキヤ是第五九二條ニ規定スル所ニシテ即配當要求ハ競賣期日ノ終ニ至ル迄之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ如此規定シタル理由ハ再競賣ノ如キ例外ノ場合ヲ除ケハ競賣期日ノ終ルトキハ競賣代金ノ支拂アリテ差押債權者ニ對シテ辨濟ヲ

爲スト同一ノ結果ヲ生スヘキカ故ナリ(五七九條)若此以後ニ配當要求ヲ許サハ既ニ生シタル辨濟ノ效力ヲシテ消滅セシムルニ至ラシムル結果ヲ生スルヲ以テナリ第五九二條ノ規定アル以上ハ縱令賣却條件ヲ以テ代金ノ支拂期日ヲ就賣期日以後ニ定メタルトキト雖就賣期日終了後ハ配當要求ヲ爲スコトヲ得サルナリ

第四 配當要求ノ手續 配當要求ノ手續ハ第五九〇條ニ規定スル所ニシテ配當要求ノ原因即債權ヲ有スルコトヲ明ニシテ執達吏ニ對シテ其申立ヲ爲スナリ而シテ執行裁判所ノ所在地ニ住居又ハ事務所ヲ有セサル債權者ハ假住所選定ノ届出ヲ執達吏ニ爲ササルヘカラス此假住所届出ヲ怠リタルトキハ即第一四三條第三項ノ制裁ヲ受クルモノナリ

適法ナル配當要求アリタルトキハ執達吏ハ之ヲ總債權者及債務者ニ通知スヘキモノナリ茲ニ所謂總債權者トハ差押債權者及配當ニ與ルヘキ權利ヲ有スル債權者ヲ指稱ス其配當要求ヲシテ執行力アル正本ニ因ラサル場合ニ於テハ要求ノ通知ヲ受ケタル債務者ハ其通知ヨリ三日内ニ債權ヲ認諾スルヤ否ヤヲ執達吏ニ申立テサルヘカラス若申立ヲ爲サスシテ三日ノ期間ヲ經過シタルトキハ其債權ヲ默諾シタルモノト看做ササルナリ反之債務者ヨリ認諾スル能ハサル旨ノ通知アリタル場合ニ於テハ配當要求債權者ハ其債權ヲ確定スル爲ニ通知ヲ受ケタルヨリ三日内ニ訴ヲ起スノ義務ヲ有ス若如此否認ノ通知ヲ受ケタルニ拘ラス三日内ニ訴ヲ起サザリシトキハ配當要求ノ效力ヲ失フモノナリ

第五 配當要求ノ效力 債權ニ付テハ其六二〇條ニ配當要求ニ付テ特ニ其效力ヲ定メタリ然ルニ有體動産ニ對シテハ法律ニ明定セザレトモ今之ヲ理論ヨリ究ムルトキハ配當要求ノ效力トシテハ凡左ノ三箇ニ之ヲ約ムルコトヲ得ヘシ

- (一) 配當要求ノ原因タル權利ノ性質ニ從ヒテ強制執行手續ニ於テ辨濟ヲ受クルコト是總テノ種類ノ配當要求ニ付生スルモノニシテ(二)以下ハ特種ノモノニ限ラルモノナリ
- (二) 適當ナル時間ヲ經過シテ執達吏カ就賣ヲ爲ササルトキハ執行力アル正本ニ因リ配當ヲ要求スル債權者ハ一定ノ期間ヲ定メテ就賣ヲ爲スヘキコトヲ催告スルコトヲ得若執達吏カ此催告ニ應セザルトキハ相當ノ命令アランコトヲ執行裁判所ニ申立ツルコトヲ得ルモノナリ(五八八條)
- (三) 既ニ爲シタル差押力取消サレタルトキハ其債權者ノ爲ニ差押ノ效力ヲ生ス

第三節 財産權ニ對スル強制執行

第一款 差押ノ目的タルコトヲ得ヘキ財産權

我民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ其種類ヲ舉クレハ第一種ハ金錢ノ支拂ヲ目的トスル債權者ノ債權即第五九四條ニ規定スルモノ是ナリ第二種ハ有體物若クハ有價證券ノ引渡若クハ給付ヲ目的トスル債權者ノ債權ニシテ第三種ハ第一第二種ニ該當セス而シテ不動産ノ目的トセサル財産權ニシテ第六二五條ニ規定スルモノ是ナリ

以上強制執行ノ目的ト爲ルヘキ財産權ノ性質ヲ抽象シテ述フレハ、
(一) 債權其者ノ利益換言スレバ債權者ヲ満足セシムルコトヲ得ヘキ利益カ直接ニ金錢上ノ價額ヲ有スルコトヲ要ス例之共有物ノ分割ヲ請求スル權利ノ如キ或ハ單ニ債務ノ免除ヲ求ムル權利ハ差押ノ目的ト爲ラス

(二) 原債權者(差押債務者ノ意)ノ一身ニ專屬セザルコトヲ要ス身分權親族權ノ如キハ強制執行ノ目的ト爲ラス

ト爲ラサルナリ

以上ノ條件ヲ具備スル權利即財產權ハ強制執行ノ目的ト爲ルモノニシテ其權利ノ執行力條件ニ繫ルト
期限ニ繫ルトハ決シテ之カ障害ヲ爲スモノニ非ス

財産權ハ以上ノ如ク二箇ノ性質ヲ具フルトキハ執行スルコトヲ得而シテ公益上ノ理由ヨリ差押ヲ禁スル財産權ノ種類ハ之ヲ第六一八條ニ規定セリ即同條第一號ニ所謂法律上ノ養料トハ法律ノ規定ニ依リ當然債務者ノ受クヘキ養料ヲ指スモノナリ換言スレバ扶養義務者ニ對スル扶養權利者ノ權利ノ規定ニ依リルモノナリ故ニ契約ヲ以テ定メタル養料ノ債權ハ差押ノ目的ト爲ルコトヲ得サルモノナリ事實論トシテハ契約ノ上ニ定メタル養料ハ債務者ノ生計ヲ維持スル爲ニ必要缺タヘカサルモノアルヘシ然レトモ如此事實アル場合ニ於テ特ニ之カ差押ヲ禁スルトキハ實際ニ於テ困難ナル問題ヲ生スルカ故ニ法律ハ特ニ法定ノ養料ノミニ之ヲ限リタルモノナリ第二號ハ債務者カ義捐建設所ヨリ又ハ第三者ノ慈善ニ因リ受クル繼續ノ收入ナリ法律ハ如此地位ニ居ル債務者ハ第一ノ法定ノ養料ト同シ此繼續ノ收入ヲ以テ債務者及其家族ノ唯一ノ生計ノ資料ト同一推定スルニ出ヅルモノナリ第三號ハ下士兵卒ノ給料並ニ恩給及其遺族ノ扶助料ナリ此等ノモノト同一ノ性質ヲ有スルモノハ之ヲ差押フルコトヲ得シト謂ハルヘカスル例之軍人ニ對スル戰時特別賜金ノ如ク或ハ災害救助規則ニ基テキ救助金ノ如シ右第一號ヨリ第三號迄ハ債務者ニ其家族ノ生活ノ資料ナルカ故ニ之ヲ禁シタルモノナリ第四號ハ法文讀ヲ字ノ如リ說明ヲ省略ス第五號ノ遺族ノ扶助料ノ除ク外ハ軍人又ハ他ノ官吏ヲシテ職務ヲ執行スルノ障害ヲ生セザラシメンカ爲ニ之ヲ差押フルコトヲ得サルモノトシタルモノナリ第六號ノ規定ハ主タル理由ハ經濟的生産ニ影響ヲ及ボサザラシメンカ爲ナリ又其附隨ノ理由トシテハ生活ノ主タル資料ナルコトヲモ

者ニ歸屬シタル財産トシテ破産財團ニ屬スルモノト謂ハサルヲ得蓋破産手續ノ終結前ニ於テ破産者ノ爲メ成立シタル財産取得ノ權利ハ破産者ニ屬スル財産ノ成分ナレハナリ是ヲ以テ(1)期限附權利即破産手續ノ終結迄ニ未期限ノ到來セザル權利ハ破産財團ニ屬シ管財人ハ斯ル權利ヲ行使ニ依テ取得シタル財産ノ破産財團ニ歸セシムルコトヲ得(シ初期附權利ハ縱令其期限ハ破産手續ノ終結ニ到ラセキ場合ト雖破産財團ニ屬スルモノ當然シテ又終期附權利ハ破産財團ニ屬スト雖其期限ハ破産手續中ニ到來シタルモノハ當然破産財團ニ屬スルコトヲ止メテ取戻權ヲ成立セシム(民二五條)又ハ返還請求權ヲ發生セシム定期ノ給付ヲ目的トスル破産者ノ權利ニシテ破産者ノ行動ニ對スル反對給付ト認ムヘキモノハ破産手續ノ終結迄ニ破産者カ其行動ニ因テ取得シタル部分(請求權又ハ該請求權ノ實行トシテ取得シタル財産)ニ限り破産財團ニ屬シ破産者ノ行動ニ對スル反對給付ト認ムヘカラサルモノハ破産手續ノ終結後ニ於テ到來セキ每期ノ給付ヲモ包含シテ破産財團ニ屬ス何トナレハ破産手續ノ終結後ニ於テハ破産財團ノ存スヘキ理ナキヲ以テ破産手續ノ終結後ニ於ル破産者ノ行動ニ因リ取得シタル財産ヲ破産財團ニ屬スルコトナキヤ言フ俟タサレハナリ故ニ破産者ノ有スル終身定期金ノ債權、恩給、手続給、一八條ノ制限ヲ受クルヤ言フ俟タサレハ一八條ノ制限ヲ受クルヤ言フ俟タスハ破産手續終結後ニ受テキ部分ト共ニ破産財團ニ屬ス殊ニ俸給ハ國家カ官吏ニ給付スル養料ニシテ任官ナル法律關係ニ伴ヒテ生スル官吏ノ終身定期金タルノ性質ヲ有シ官吏カ國家ニ對シテ給付スル勞務ニ對スル報酬ニ非サレハナリ(民訴第六〇四條、第六〇五條ノ準用)ニ依リ以上ノ如ク論決スルノ論旨ハ正當ニ非サルヘシ何トナレハ破産の執行ハ民事訴訟法ニ規定セル強制執行ト異ニシテ債務者カ一定ノ時期ニ取得シタル財産ニ制限セラルルモノニ非サレハナリ然レトモ雇傭契約ニ基テ報酬ハ其性質上勞務者カ其服

シタル勞務ノ割合ニ應シテ反對給付シテ取得スルモノナルヲ以テ破産者カ破産手續終結後ニ服シタル勞務ニ對スル報酬ハ破産財團ニ屬セス(2)條件附權利ハ縱令其條件カ破産手續終結後ニ於テ成就スヘキトキト雖破産財團ニ屬ス(民訴六(三)條)解除條件附權利ハ前述ノ如ク權利ノ消滅カ條件ノ成就ニ繫ルヲ以テ未條件ノ成就ナキ間ハ無條件權利ト同シク破産財團ニ屬ス但解除條件カ破産手續ニ繼續中ニ成就シタルトキハ破産財團ニ屬セザルニ至ル隨テ取戻權ノ發生ノ原因ト爲ル停止條件附權利ハ前述ノ如ク權利ノ發生カ條件ノ成就ニ繫ルモノナルヲ以テ未條件ノ成就ナキ間ハ條件ニ繫リタル權利其モノカ破産財團ニ屬セザルヤ勿論ナリト雖條件ノ成就本定ノ間ニ於ル破産者ノ權利取得ノ希望權ハ之ヲ屬分シ又ハ之ヲ差押フルコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ(民一(九)條)破産財團ニ屬スルヤ疑ヲ容レズ但停止條件カ破産手續ニ繼續中ニ成就シタルトキハ之ニ因テ發生シタル權利ハ破産財團ニ屬シ又破産手續ノ終結後ニ成就シタルトキハ之ニ因テ發生シタル權利ハ破産財團ニ屬スルモノニ外ナラザルヲ以テ管財人カ更ニ之ヲ配當スヘキモノナリ(商一〇四八條)「全ク」引用然レトモ管財人カ破産手續ノ繼續中停止條件附權利ヲ讓渡シタルトキ(通常附條件契約ヲ以テス)ハ當然斯ル結果ヲ生スルコトナシ故ニ破産者カ破産手續終結前ニ抽籤ニ依テ財產ヲ取得スル權利一種ノ停止條件附權利ヲ取得シ破産手續終結後ニ之ニ依テ財產ヲ取得シタルトキハ其財產ハ破産財團ニ屬ス又保險科ノ繼續支拂ヲ以テ條件トシ且死亡ヲ以テ期限トスル破産者ノ生命保險契約ニ基ク保險金額請求權亦破産財團ニ屬スルヲ以テ破産者タル被保險者カ破産手續ノ繼續中ニ死亡シ又其相續財產ニ付破産手續ノ開始アリタル場合ニ於テ保險金額カ破産財團ニ屬スルハ勿論被保險者カ破産手續終結後ニ死亡シタル場合ニ於テ亦保險金額カ破産財團ニ屬スヘシ然レトモ保險契約カ第三者ノ利益ノ爲ニ成立セル場合ニ於テハ此第三者ハ自己ヨリ

以前ニ被保險者カ死亡シタル一事ニ因テ保險金額ノ支拂ヲ受クル權利ヲ取得スルヲ以テ保險金額ノ請求權カ死亡シタル被保險者ノ相續財產ニ付開始アリタル破産手續ニ於ル破産財團ニ屬スルコトナシ(3)破産手續ノ終結迄ニ破産者ノ爲ニ相續ノ開始アルトキハ其相續財產及遺產ハ何レモ破産財團ニ屬ス何トナレハ斯ル財產ハ相續人タル破産者カ爾後拋棄ヲ爲スコトヲ得ルヲ留保ヲ以テ相續開始ノ時ヨリ承繼スルモノナレハナリ(民九八六條、一〇〇一條、一〇一七條等)但相續債權者及受遺者ノ權利ハ縱令財產分離ナキト雖之ヲ尊重シ相續財產ヲ以テ他ノ債權者ニ先チテ辨濟スルヲ當然ナリトス元來相續ノ拋棄及其承認ハ其性質上相續人ノ一身ニ專屬スル權利ニシテ財產權ニ屬スルモノニ非ス又相續ノ拋棄ハ相續カ之ヲ拋棄シタル者ニ對シ開始セラレザリシ效力アルニ過キス故ニ一旦取得シタル權利ノ拋棄ニ非スシテ却テ提供セラレタル權利ノ不取得ナリ是ヲ以テ相續ノ承認及其拋棄ハ獨逸破産法第九條ニ於ルカ如ク相續人タル破産者ヲシテ之ヲ行使セシメ又相續人ノ拋棄シタル相續財產ハ之ヲ破産財團ニ屬セザルモノト認ムルヲ當然ナリトス然レトモ佛蘭西商法及我破産法(一〇一九條五號、九號)ハ相續ノ拋棄又ハ其承認ニ關スル權利ヲ財產上ノ權利ト認メ相續人タル破産者ヲシテ却テ管財人ヲシテ之ヲ行使セシメタリ立法上ノ見解トシテ其當ヲ得サルモノト認ム以上ノ法理ハ破産者ノ爲ニ成立セル遺贈ニ關シテ亦行ル(商一〇一九條五號、九號)破産法案ニ於テハ破産手續ノ終結迄ニ破産者ノ爲ニ家督相續ノ開始アリタルトキハ相續人タル破産者カ破産宣告後ニ於テモ相續ノ拋棄又ハ承認ヲ爲スヘキモノトシ若破産宣告後ニ承認ヲ爲スコトキハ限定承認ヲ爲スヘキモノト規定セリ一面ニ於テハ家督相續ノ拋棄又ハ其承認ニ關スル權利カ相續人ノ一身ニ專屬スルノ權利タルノ法則ニ基キタルモノニシテ又他ノ一面ニ於テハ破産債權者ノ利益ヲ保護シ且單純承認ヨリ生スヘキ手續上ノ煩累ヲ避クルノ目的ニ

出タルモノニ外ナラス（破産四五條、民一〇一七條、一〇二〇條、一〇二五條乃至一〇三七條）破産手續ノ終結迄ニ遺産相續ノ開始アリタル場合ニ於テ破産者カ破産宣告ノ當時未承認又ハ拋棄ヲ爲サザリシトキハ管財人カ破産者ニ代リテ限定承認又ハ拋棄ヲ爲スヘキモノナリ若管財人カ破産者ノ爲ニ遺産相續ノ開始アリタルコトヲ知リタル後三箇月内ニ承認ヲ爲サザルトキハ拋棄ヲ爲シタルモノト看做セリ是ニ於テハ遺産相續ノ承認及拋棄ニ關スル權利ハ單純ナル財産ニ關スル權利ニシテ破産者ノ一身ニ專屬スルモノニ非ストノ法則ニ基キタルモノニシテ又他ノ一面ニ於テハ民法第一二四條第二項ト同一ノ法意ニ出タルモノナリ單純承認ヲ爲スコトヲ許サザルハ前述ノ理由ニ同シ（破産四六條、民一〇一七條乃至一〇一九條、一〇二五條乃至一〇三九條）包括遺贈ハ遺産相續ト其權利狀態ヲ同ウス故ニ破産者カ包括遺贈ヲ受ケタルトキハ遺産相續ニ關スル法則ヲ準用シテ其關係ヲ定ム（破産四七條、民一〇九二條）特定遺贈ノ承認又ハ拋棄ニ關スル權利ハ財産權ニ屬シ破産者ノ一身ニ專屬スルモノニ非ス故ニ破産手續ノ終結迄ニ破産者カ特定遺贈ヲ受ケタル場合ニ於テ破産宣告ノ當時未承認又ハ拋棄ヲ爲サザルトキハ管財人カ破産者ニ代リテ其承認又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ民法第一〇八九條ノ準用ニ依リ管財人カ一定ノ期間内ニ承認又ハ拋棄ノ意思ヲ表示セザルトキハ承認ヲ爲シタルモノト看做セリ（破産四八條、民一〇八八條、一〇八九條）遺贈ノ負擔アルトキハ破産法案第九條、第一〇條、第二條、第一四條ノ規定ニ從ヒ之ヲ計算シテ遺贈ノ目的物ヨリ控除シ其殘額ヲ破産財團ニ屬セシム蓋然ラツレハ破産財團ニ於テ不當利得ヲ爲スニ至ルヲ以テナリ破産手續ノ終結迄ニ破産財團ニ屬スルニ至リタル目的物ノ贈與ノ負擔ノ計算ニ關シテ亦同シ（破産四九條）又破産手續ノ開始後其終結迄ニ破産者カ爲シタル營業ノ結果トシテ取得シタル純益ハ破産財團ニ屬ス元來破産宣告ハ禁治產ノ宣告ニ

非ス又破産者ニ營業ヲ爲スコトヲ得セムルモ之カ爲ニ破産債權者ニ對シ何等ノ損害ヲ被ラシムルモノニ非サルヲ以テ換言スレハ破産者カ其宣告後自己及家族ノ生活ヲ維持シ且復權ノ準備ノ爲ニ營業ヲ爲スコトハ法律ノ禁スル所ニ非サルヲ以テ破産者カ其宣告後ニ營業ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリ此場合ニ於テ破産者カ自己及家族ノ生活費ノ外ニ財産ヲ取得スルニ至リタルトキハ之ヨリ營業上負擔シタル債務ヲ辨濟シ其殘額即營業上ノ純益ヲ破産財團ニ組入ルモノナリ蓋然ラズンハ破産財團ニ於テ不當利得ヲ爲スニ至ルヲ以テナリ其他破産者ノ勤勞ニ因テ取得シタル報酬亦理論上破産財團ニ屬ス然レトモ這ハ甚嚴酷ニ失スルヲ以テ破産法案第五三條第二號及埃太利破産法第一條ニ於テハ斯ル報酬ハ之ヲ破産財團ニ屬セサルモノト定メタリ（4）破産手續ノ終結迄ニ破産者カ他人ト財產權ヲ共有スルニ至リタルトキハ（民二四九條、二六八條、六六八條、一〇二〇條等）破産者ノ持分ハ破産財團ニ屬ス若破産者カ共有物ニ付管理費用ノ如キ負擔アルトキハ之ヲ辨濟シタル殘餘ノ持分カ破産財團ニ屬シ又共有者ノ一人カ共有物ニ付破産者ニ對シテ有スル債權アルトキハ之ヲ完済シタル殘餘ノ持分カ破産財團ニ屬ス蓋共有物ニ關シ破産者ノ負ヒタル負擔及債務ニ關シテハ其性質上破産者ニ屬スヘキ共有物ノ部分ヲ以テ辨濟ヲ受タルコトヲ得ヘキヲ以テ斯ル債權ヲ共有物ノ部分ト分離シ前者ハ破産債權トシテ之ヲ主張シ後者ハ其全額ニ於テ破産財團ニ屬スルモノト爲スハ甚不當ナルヲ以テナリ如此破産者ノ持分ハ破産財團ニ屬スルヲ以テ破産手續ニ依ラスシテ共有物ノ分割ヲ爲シ以テ破産者ノ持分ヲ確定セザルヘカラス而シテ破産者ハ破産財團ニ屬スル財産ノ處分權ナキヲ以テ分割手續ニ於テハ管財人カ破産者ヲ代表ス（民二二三條、二五九條）破産法案ニ依レハ法令ノ規定ニ依テ分割スルコトヲ得ザルモノニ非サル以上ハ破産手續ニ依ラスシテ分割ヲ爲スヘク分割ヲ爲サザル旨ノ特約ハ破産債權者ニ對シテ其效ナシ

是獨破産法ニ於ルカ如ク執行ヲ容易ナラシムルノ法意ニ外ナラス又他ノ共有者ハ相當ノ償金ヲ支拂ヒテ破産者ノ持分ヲ取得スルコトヲ得是破産債權者ノ利益ヲ害セスシテ共有者ノ利益ヲ保護スルノ法意ニ外ナラス(破産四四條、民二五三條二項、二五六條乃至二六二條)破産手續ノ終結迄ニ破産者カ親又ハ夫タル親族關係ニ基キテ有スル收益權(民七九九條、八八四條、八九〇條)行使ノ結果トシテ得タル利益ハ讓渡スルコトヲ得ルヲ以テ破産財團ニ屬ス故ニ配偶者ノ財産上ニ收益ヲ爲スノ權利ヲ有スル夫カ破産シタル場合ニ於テハ法律上ノ負擔タル配偶者ノ債務ノ利息ヲ支拂ヒタル殘額ハ破産財團ニ屬シ又子ノ財産上ニ管理權ヲ有スル親カ破産シタル場合ニ於テ法律上ノ負擔タル子ノ養育費用及財産ノ管理費用ヲ控除シタル殘額ハ破産財團ニ屬ス收益權其モノハ讓渡スルコトヲ得タルモノナルヲ以テ破産財團ニ屬セサルヤ言フ俟タス又破産手續ノ終結迄ニ破産財團ニ屬スル財産ヨリ發生シタル果實(民八八條)破産財團ニ屬スル財産ノ竊取其他之ニ對スル損害ニ因テ生シタル損害賠償請求權ノ如キ破産財團ニ屬スル從前ノ財産ニ代ルヘキ財産、破産財團ノ管理及換價ニ因テ取得シタル財産、破産財團ニ屬スル請求權ノ實行ニ因テ取得シタル財産、取得時効ノ完成ニ因テ取得シタル財産ハ何レモ破産財團ニ屬ス但破産手續ノ終結前ニ於テ進行ヲ始メタル取得時効ノ完成ニ依レル財産取得ノ希望ハ權利ニ非サルヲ以テ破産財團ニ屬セサルナリ然レトモ獨逸ノ「フランチング」氏ハ反對ノ見解ヲ主張シタル

(二) 破産財團ト破産當事者トノ關係 破産債權者ハ團體關係ニ於テ破産財團ニ付差押權ヲ有シ又破産者ハ破産財團ニ付管理及處分ヲ爲スノ權能ヲ喪失ス

(A) 破産財團ト破産債權者トノ關係 破産財團ト破産債權者トノ關係ヲ説明スル學者ノ見解ハ極テ區區ニ涉レリ獨逸ニ於テハ普通法ノ解釋トシテ破産債權者ハ破産者ノ一般承繼人又ハ破産者ニ屬スル財

産ニ關スル特定承繼人ナリトノ學說行レタリト雖現行獨逸破産法ニ於テハ(獨破一條、三條、六條)破産者カ破産財團ノ權利主體ニシテ破産財團ニ關シテ生スル一切ノ利害得失ハ皆破産者ニ歸屬スルヲ以テ斯ル學說ハ獨逸ノ現行破産制度ヲ説明スルヲ得ス故ニ現今ニ於テハ斯ル學說ヲ主張スル者ナキハ固ヨリ當然ナリ然レトモ現行獨逸破産法ニ於テハ明確ニ破産團體ト破産債權者團體トノ關係ヲ規定シタル條文ヲ缺ク故ニ學者ハ種種ノ見解ヲ主張シ頗論爭アリテ其主ナル學說ノ第一ハ破産手續ノ開始ニ因テ總破産債權者ハ法人ニ非シテ權利能力ヲ有スル團體(Gemeinschaft zur gesamten Hand, Gemeinschaft mit variablen Beteiligungsarten)ヲ組織シ破産財團ニ付質權(Pandrecht)若クハ質權ニ類似スル差押權(ähn dem Pfandrecht verwandtes Beschlagnahme)ヲ有スト謂フニ在テ耳獨逸ノ「フランチング」氏等ノ主張スル所ナリ第二ハ獨逸破産法ハ各破産債權者ノ集合體(Gumme)其モノト異ナレル別箇ノ人格ヲ有スル破産債權者團體ヲ認メタルコトナシ故ニ獨逸破産法ニ所謂破産債權者團體ハ各破産債權者ノ集合ニシテ權利主體タル團體ニ非ス共同訴訟人間ニ於テ關係ト同シ各破産債權者カ各別ニ主張シタル債權額ノ割合ニ應ジ唯一ノ破産財團ヨリ可成完全ナル滿足ヲ受クル目的ノ爲ニ集合シタル關係ニ過キサル利益の團體ニシテ破産財團ニ關シ一定ノ財產權ヲ有スル權利主體ニ非ス又質權、差押權ノ如キ破産財團ニ對スル物權ハ法律ノ明文ナクシテ存スルコトヲ得ルモノニ非ス故ニ破産債權者カ破産財團ニ對シ質權者カ差押權者カ有ストノ法則ハ獨逸破産法ノ認メサル所ナリ破産ノ目的ハ破産債權者ノ爲ニ斯ル物權ノ存在ヲ認ムルコトナシテ之ヲ達スルコトヲ得ヘシ隨テ獨逸破産法ニ於テハ單ニ破産財團ハ各破産債權者ノ共同滿足ニ供セラルル旨ノ法則(獨破三條)ヲ規定スルヲ以テ是レリトセリト云フニ在テ耳「イェゲル」「ベートルゼン」「ウエルモースキー」氏等ノ主張スル所ナリ

佛國ニ於テハ立法者ハ破産手續ヲ簡易ニシ且破産債權者間ニ平等關係ヲ維持スルカ爲ニ共同利益ヲ有スル破産債權者ノ團體關係ヲ認メタルニ過キナルヲ理由トシ破産債權者團體ヲ法人ニ非ス云ヘル學說行レタリシカ現今ニ於テハ破産債權者團體ニ破産財團中ノ不動産ニ付定抵當權ヲ是認シタル商法第四九〇條ヲ根據トシテ破産債權者團體ヲ法人ナリト爲ス學說行レ又破産債權者團體ハ破産財團中ノ不動産ニ關シ管財人カ商法第四九〇條ノ規定ニ從ヒ法定抵當權ノ登記ヲ爲シ以テ破産債權者團體ノ爲ニ抵當權ヲ取得シタル場合ヲ除ク外ハ破産者ノ財産ニ關シ爲シタル差押ト同一ノ利益ヲ有スルニ過キナルヲ理由トシ破産債權者團體ハ破産財團ニ付物權ヲ有セスト明ヘル學說行ルルト雖現今ニ於テハ破産宣告ノ重要ノ效力タル破産財團ニ關スル破産者ノ管理及處分權ノ喪失ヲ廣義ノ抵當ト同視シ破産債權者團體ハ破産財團ニ付物權ヲ有ストノ學說ヲ主張スル者アルニ至ラタリ我現行法及破産法案ニ於テハ破産債權者ト破産財團トノ關係ニ付何等ノ明文ナキコト獨逸破産法ニ於ルカ如シ故ニ我現行法及破産法案ノ解釋トシテ斯ル關係ニ付學者ノ論爭ヲ招クハ固ヨリ當然ナリ予輩ノ見解ニ依レハ破産債權者ハ團體關係ニ於テ破産財團ニ付差押權ヲ有ス(1)破産債權者團體ハ破産法ニ於テ認メラレタル破産債權者ノ結合(Personenverband; Proccespersonenverein; Personeneinheit)ニシテ權利能力及訴訟當事者能力ヲ有スルモノナリ破産債權者團體ハ法人ニ非ハ何トナレハ該團體ニ於テハ法人タルニ必要ナル資產名稱及定款ナキヲ以テナリ又破産債權者團體ハ各破産債權者ノ集合ニ非ス何トナレハ破産債權者ハ共同シテ破産財團上ニ満足ヲ受クヘキモノニシテ各別ニ破産財團ニ満足ヲ受クヘキモノニ非サレハナリ性質ニ破産債權者ハ破産宣告ノ效力トシテ法律上當然團體關係ヲ組織シ法律上行為ニ依テ之ヲ組織スルモノニ非ス(成立)破産債權者團體ハ其資格ニ於テ權利能力ヲ有シ又行為能力ヲ有ス故ニ破産債

權者團體ハ獨立シテ破産債權者各自ノ有セサル權利ヲ有シ又破産債權者各自ノ負ハサル義務ヲ負フ破産債權者團體ハ財產權トシテ後述ノ如ク破産者ノ財産上ニ差押權ヲ有スルノ外第三者ト金錢貸借ノ如キ法律行為ヲ爲スニ依リ第三者ニ對シ財產權ヲ有シ立替金ヲ以テ他人ノ財産上ニ必要費ヲ施シタルニ依ラ不當利得ニ基ク財產權ヲ有シ自己ノ權利ヲ侵害シタル者ニ對シ不法行為ニ依レル損害賠償請求權ヲ有シ管財人ニ對シ其實ニ歸スヘキ行為ニ關シ求償權ヲ有シ又民法第四二四條ニ規定セラル取消權ヲ有スルコトアリ獨逸破産法ニ所謂 Massefortsetzung ナルモノ即是ナリ而シテ或財產權カ破産債權者團體ニ屬スルヤ否ヤ區別スルノ實用ハ主トシテ破産者其者ニ對スル抗辯殊ニ和殺ヲ對抗セラルト否トニ存ス(商九九五條破産債權者團體ハ法律行為不當利得不法行為等ノ如キ原因ニ基キ義務ヲ負フコトアリ獨逸法ニ所謂 Marschall ナルモノ即是ナリ而シテ斯ル義務ハ破産債權者團體ニ屬スル財産ヲ以テ之ヲ辨濟シ破産債權者各自ノ財產ヲ以テ之ヲ辨濟スヘキモノニ非ス破産債權者團體ハ如此權利能力ヲ有スルヲ以テ又訴訟上當事者能力ヲ有ス故ニ破産債權者團體ノ權利ハ該團體ヨリ又該團體ノ義務ハ該團體ニ對シテ之主張セサルヘカラス又破産債權者團體ハ其資格ニ於テ行為能力ヲ有ス破産債權者團體ハ債權者集會ナル機關ニ依テ其意思ヲ表彰シ管財人ナル機關ニ依テ其意思ヲ實行ス團體ノ機關カ其權限内ニ於テ爲シタル行為ハ團體ノ行為ナリ故ニ團體ノ爲ニ又ハ團體ニ對シテ效力ヲ有シ又破産債權者團體ハ其組織員ノ破産債權者ト異ナル特別ノ權利主體ニ非サルヲ以テ團體ノ行為ハ直接ニ各破産債權者ノ爲ニ又ハ之ニ對シテ效力ヲ生(權利能力及行為能力)破産債權者團體ハ破産手續ノ終結ニ因テ消滅スルヲ當然ナリトス然レトモ破産手續ノ形式の終結後ニ於テ尙破産財團ノ存スルトキハ破産債權者團體亦尙存續シ其權利ヲ行フ蓋破産財團カ未全ク配當セラレサル間ハ未法律上有效ナル破産

手續ノ終結ナキヲ以テナリ(終丁)(2)差押権(Beschlagenecht)ハ破産宣告ニ因テ破産債権者ノ爲ニ成立セ
ル物權ニシテ破産債権者カ之ニ依テ破産財團ニ屬スル財産ニ付他ノ債権者ニ先テテ辨濟ヲ受ケヘキモ
ノナリ元來我破産法及破産法案ニ於テハ獨逸、佛蘭西等ノ破産法ニ於ルト同シク破産債権者團體ノ自
衛主義ヲ是認シタルヲ以テ單純ナル公法的破産主義ニ基ケル法則ヲ前提トシ破産宣告ハ當事者ノ實體
的法律關係ニ何等ノ變更ヲ及スモノニ非ズ殊ニ破産債権者ハ破産者ノ財産ニ付何等ノ實體上ノ權利ヲ
取得スルモノニ非ズ唯破産財團ニ對シ公法的法律關係ノミヲ存在セシメ國家カ其權力ヲ以テ破産者ノ
財産ヲ換價シ之ヲ破産債権者ノ辨濟ニ充ツルモノナリトノ見解ハ之ヲ採ルコトヲ得サルヤ明白ナリ故
ニ事獨逸ノ「コーレル」氏ノ主張スルカ如ク破産宣告ニ因テ破産債権者ハ破産者ノ財産ニ付質權ニ類似
スル權利即差押權ヲ有スルモノト謂フヲ正當ナリト思フ而シテ斯ル權利カ破産ノ宣告ニ因テ破産債権
者ノ爲ニ成立スルコトハ商法第九八〇條第四號、破産法案第一二五條、第一二五條、第一二五條(獨逸一
一〇條、一一條、一二條、一三條、一八一條)ニ於テ破産ノ宣告ト同時ニ施行セラルヘキ差押權ヲ是認シタル
法意ニ徴シテ明白ナリ(商法第九八〇條第四號及破産法案第一一五條、第一一五條ニ於テ規定セル命令ハ
破産財團ニ關シ差押アルコトヲ明示セルモノニシテ又破産法案第一二五條ニ於テ規定セル登記ハ破産
財團ニ屬スル權利ニシテ登記アルモノハ破産ノ宣告ニ依テ破産債権者ノ爲ニ差押ヘラレタル旨ヲ公
示スルモノナリ)又斯ル權利カ破産財團ニ屬スル財産ヲ目的ト爲ス私權ニシテ質權ニ類似スルコト
ハ破産債権者カ之ニ依テ他ノ債権者ニ先テ破産財團ニ屬スル財産ニ付辨濟ヲ受ケ且之カ爲ニ該財産ヲ
占有及換價スルコトヲ得ルノ法意即對物責任ニ基ケル權利(Bearbeitungsrecht)ノ内容アルニ徴シ
明白ナリ然レトモ差押權ハ破産の執行行為ニ因テ成立シ法律行為ニ因テ成立セス又差押權ハ破産財團

ニ屬スヘキ一切ノ財産ヲ目的トシ破産者ノ有スル特定ノ財産ヲ目的トセス故ニ質權ニ類似スルニ止
リ之ト同視スヘキモノニ非ズ加之破産手續ニ於テハ破産者ノ取結セタル契約ヲ履行シ又ハ破産宣告ノ
當時ニ屬セル訴訟ヲ續行スルコトアリテ質權ノ行使ニ於ルカ如ク目的物ノ留却ニ止ラサルヲ以テ破
産財團ト破産債権者トノ關係ヲ質權ナリト云フハ狭キニ失スルモノト謂ハサルヘカラス(3)破産ノ目的
ハ其性質上總破産債権者カ共同スルニ非ズレハ之ヲ達スルコトヲ得サルモノナリ故ニ差押權ハ總破産
債権者ノ爲ニ其共同ノ權利トシテ成立シ單獨ノ權利トシテ成立セサルハ洵ニ明瞭ナリ隨テ破産債権者
ハ團體關係ニ於テ差押權ヲ有スト謂ハサルヲ得然レトモ之カ爲ニ各破産債権者ハ差押權ニ付何等ノ
權利ヲ有セサルモノト速斷スルコト勿レ各破産債権者ハ差押權ニ付持分ヲ有シ其持分ハ或破産債権者
カ破産手續ニ參加スルト否トニ從テ其範圍ヲ伸縮シ又破産債権者カ之ヲ單獨ニ或ハ破産債務ト共ニ讓
渡スルコトヲ得ルモノナリ

(B) 破産財團ト破産者トノ關係 破産財團ト破産者トノ關係ハ破産債権者カ團體關係ニ於テ破産財團
ニ屬スル財産ニ付差押權又ハ質權ヲ有ストノ學說ヲ採ルト否トニ依テ其説明ヲ異ニスルモノナリ前説
ヲ前提トシテ破産財團ト破産者トノ關係ヲ説明スレハ破産者ハ破産財團ニ屬スル財産ニ關シ破産債権
者團體ノ有スル質權又ハ差押權ヲ害スル行為ヲ爲スコトヲ得ス故ニ破産者カ第三者ニ對シ破産財團ニ屬
スル財産ヲ讓渡スルカ如キ行為ヲ爲シタル場合ニ於テハ其目的物ハ質權又ハ差押權ヲ負擔シタル狀態
ニ於テ第三者ニ移轉スルモノナリ破産法ノ用語ニ基キテ換言スレハ破産財團ニ關シ破産者ノ爲シタル
權利行為ハ破産債権者團體ニ對シ其效ナク又破産者ハ破産財團ニ付管理及處分ヲ爲スノ權能ヲ喪失
シ管財人カ破産財團ニ付管理及處分ニ關スル權利ヲ行フト主張シ後説ヲ前提トシテ破産財團ト破産者

トノ關係ヲ説明スルハ破産ノ宣告ニ因テ破産者ハ破産財團ニ屬スル財産ヲ喪失スルモノニ非ス又破産債權者ハ破産財團ニ付債權又ハ差押權ヲ有スルモノニ非ス唯破産財團ハ總破産債權者ニ可成完全ナル辨濟ヲ受ケシムルノ目的ニ於テ成立スルヲ以テ破産者ハ爾後破産財團ニ損害ヲ及スヘキ行為ヲ爲スコトヲ得サルノミ故ニ破産ノ宣告ニ因テ破産者ハ行為無能力者ト爲ルコトナク當然破産財團ニ屬スル財産ヲ管理シ且之ヲ處分スルノ權能ヲ喪失シ管財人カ該管理及處分ヲ爲ス(商九八五條、一〇一二條、獨破六條)隨テ破産宣告後ニ破産者ノ爲シタル權利行為ハ破産者ノ意思ノ善惡ニ拘ラヌ破産債權者ノ全員又ハ其ノ一員ノ利益ニ反スル效力ヲ破産財團ニ及スコトヲ得ス(獨破七條)是ヲ以テ破産財團ニ屬スル財産ニ依レル辨濟、斯ル財産ノ讓渡又ハ質入、斯ル財産上ニ爲シタル地上權ノ設定及斯ル財産ノ爲ニ存スル地上權ノ消滅ノ如キ直接ニ破産財團ニ關スル權利行為ハ破産債權者ニ對シテ無効ニシテ手形ノ振出若クハ其引受等ノ如キ破産者カ其ノ身上ニ債務ヲ負ヒ直接ニ破産財團ニ關係ナキ權利行為ハ破産財團ニ屬セサル破産者ノ財産上ニ行レ破産財團ニ屬スル破産ニ行ルコトナシ隨テ破産債權者ニ對シテ效力ヲ有スルヤ否ヤノ問題ヲ惹起スコトナシ主張セサルヘカラス予輩ハ前述ノ如ク破産債權者ハ團體關係ニ於テ破産財團ニ付差押權ヲ有スト主張セサルヲ以テ斯ル權利ヲ前提トシテ破産財團ト破産債權者トノ關係ヲ説明セサルヲ得サルコト固ヨリ當然ナリ而シテ債務者ハ債權者ノ權利ヲ害スル行為ヲ爲スコトヲ得サルト同シク破産者亦破産債權者團體ノ差押權ヲ害スルコトヲ得ス故ニ破産ノ宣告後破産者カ破産財團ニ付爲シタル權利行為ハ其行為ノ當事者間ニ於テハ有效ナリト雖破産債權者團體ニ對シテハ無効ナリ(商九八五條二項、破案八六條)又破産者カ破産財團ニ屬スル財産ノ管理及處分ヲ爲ス權能ヲ喪失シ管財人カ差押權ノ目的ヲ達スルカ爲ニ即破産債權者ニ可成完全ナル辨濟ヲ得セシムルカ爲ニ

破産財團ノ管理及處分ヲ爲ス隨テ管財人ハ債權者ト同シク占有者ニ對シ破産財團ニ屬スル物件ノ引渡ヲ求メ又債務者ニ對シ破産財團ニ屬スル債權ヲ取立テ各破産債權ヲ完済シタル殘餘ノ破産財團ヲ破産者ニ返還シ且破産債權者ニ満足ヲ得セシムルニ必要ナル處分行爲(破産財團ニ屬スル財産ノ贈與及債權ノ免除ノ如キ行為ハ管財人ト同シク爲スコトヲ得サル行為ナリ)ヲ爲ス

(三) 破産財團ノ増減 破産財團ヲ増加スル原因タル事實ハ破産宣告後ニ於テ財産ノ取得、否認權ノ行使(破案八六條以下)ニシテ破産財團ヲ減少スル原因タル事實ハ取戻權、別除權及財團債權ノ行使ナリ左ニ之ヲ分説スヘシ

(A) 破産宣告後ノ財産ノ取得 我現行破産法及破産法案ニ於テハ前述シタルカ如ク羅馬主義ヲ是認シタルヲ以テ破産宣告後ニ於テ破産者ノ財産ノ取得ハ破産財團増加ノ原因ト爲ル故ニ破産者カ無主物ノ占有、相續、遺贈等ノ如キ無償行為、雇傭、請負、商業等ノ如キ有償行為ニ依テ取得シタル財産(純益)ハ破産財團ニ屬ス隨テ佛蘭西商法ニ於テハ如ク重複破産ハ之ヲ是認セサルモノト謂ハサルヲ得ス獨逸破産法ニ於テハ前述ノ如ク破産財團ヲ破産宣告ノ當時ニ於テ破産者ノ有セル財産ニ限定シタルヲ以テ破産宣告以後ニ於テ破産者ノ財産取得ハ破産財團ニ増加ノ原因ト爲ラス故ニ破産財團ハ破産債權者ノ平等満足ニ供シ破産宣告以後ニ於テ破産者ノ取得シタル財産ハ破産宣告以後ニ於テ破産者ニ對シテ財產權ヲ取得シタル債權者ノ満足ニ供スルモノナリ隨テ破産者カ其破産宣告以後ニ於テ財產權ヲ取得シタル債權者ニ對シ其債務ヲ履行スルコト能ハサル場合ニ於テハ破産裁判所ハ該債權者ノ申立ニ因リ第一ノ破産手續ノ終結前ニ於テ更ニ第二ノ破産ノ宣告ス而シテ第一ノ破産宣告ノ當時破産債權者タリシ者ハ第二ノ破産宣告ヲ申立ツルノ權利ナシ何トナレハ該債權者ハ第一ノ破産手續繼續中破産財團ニ屬セ

ナル財産上ニ執行ヲ爲スコト能ハサレハナリ又第二ノ破産宣告ヲ爲シタル場合ニ於テハ唯第一ノ破産手續開始後破産者ノ債權者ト爲リタル者カ破産手續ニ參加スルコトヲ得ルニ止リ第一ノ破産宣告ノ當時債權者タリシ者ハ破産手續ニ參加スルコトヲ得ス何トナレハ第二ノ破産ニ於ル破産財團ハ第一ノ破産ニ於ル破産財團ニ非サレハナリ然レトモ第一ノ破産手續終結後ニ於テハ該債權者カ其未清額ニ付第二ノ破産ニ於テ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ妨ケス蓋破産手續終結後ニ於テハ各破産債權者ハ破産者ノ財産上ニ執行ヲ爲スコトヲ得ヘキヲ以テナリ

(B) 否認權ノ行使 破産者カ其宣告ヲ受クル以前ニ於テ爲シタル行爲ニシテ破産債權者ノ利益ヲ害スヘキモノハ我現行破産法ニ於テハ佛蘭西商法ニ於ルカ如ク破産宣告ノ效力トシテ破産財團ニ對シテ之ヲ無効トシ(商九九〇條乃至九九二條、九九六條)又我破産法案ニ於テハ獨通破産法ニ於ルカ如ク破産手續開始ノ效力トシテ破産債權者ヲシテ之ヲ否認スルコトヲ得セシメタリ(破産八六條以下)元來破産者ハ唯破産ノ宣告後ニ於テ破産財團ニ屬スル財産ノ管理及處分ヲ爲ス權能ヲ喪失スルニ止ルノミ故ニ破産宣告前ニ於テ破産者ノ爲シタル權利行爲ハ理論上有效ナルコト敢疑ナシ然レトモ經濟上不如意ノ地位ニ在ル債務者ハ其破産宣告前ニ於テ破産財團ニ屬スル財産ニ關シ未管理及處分ヲ爲スノ權能ヲ喪失セサルヲ寄貨トシ斯ル權能ヲ濫用シテ破産者タル境遇ヲ免レンカ爲ニ財産ヲ濫費シ隨意ニ財産ヲ債權者ニ分配シ又ハ特別ニ或債權者ニ給付シテ損害分配主義ヲ實施スル破産手續ノ目的物タル破産財團ヲ散失セシメ又ハ之ニ損害ヲ被ラシムルコトハ經濟上避クヘカラサル事實ニシテ又法律上不當ナル事項ナリ故ニ古來諸國ノ立法者ハ債權者ノ爲ニ債務者カ殆無實力ニ陥リタル後尙財産ニ關シ管理及處分ヲ爲スノ權能アルヲ寄貨トシ之ヲ濫用シテ債權者ニ損害ヲ被ラシムルノ害毒ヲ防止スルノ方法ヲ

工夫シタル此方法ニ三主義アリ羅馬主義、佛蘭西主義及獨逸主義即チ是ナリ羅馬法ニ於テハ專主觀的思想ニ其基礎ヲ設ケ債務者カ其破産宣告前ニ債權者ヲ詐害スルノ目的ヲ以テ爲シタル行爲中無償ニ非サルモノハ相手方カ其情ヲ知リタルトキニ限り無償ナルモノハ相手方カ其情ヲ知ラサルトキト雖債權者ヲシテ之カ取消ヲ爲スコトヲ得セシメタリ而シテ這ハ彼ノ有名ナル廢罷訴權(Actio pauliana)ニシテ獨逸普通法ノ是認シタルモノナリ(羅馬主義)如此羅馬法及獨逸普通法ニ於テハ廢罷訴權ヲ以テ債權者ノ利益ヲ保護シタルニ過キスト雖伊太利法及佛蘭西法ニ於テハ客觀的思想ニ基礎ヲ設ケ尙有力ニ債權者ノ利益ヲ保護スルニ力メタリ即第十四世紀ニ於ル伊太利諸市府ノ條例ニ於テ支拂不能ノ債務者ニ對シ破産宣告前ト雖其財産ニ付處分ヲ爲スコトヲ禁止シ且支拂不能ヲ爲リタル以後ニ於テ債務者ト爲シタル取引及之ヨリ受取リタル辨濟ハ其效力ナシトシ此伊太利法律ヲ受繼シタル千六百六十七年佛蘭里昂府ノ條例ハ商人カ其支拂ノ停止後十日以内ニ爲シタル取引ハ之ヲ無効トシ又千六百七十三年商事勅令其他商法典中破産ニ關スル舊規定ハ皆破産ノ效力ヲ既往ニ溯及セシムルノ法則ヲ是認シタル殊ニ後者ノ規定ハ破産者カ其支拂停止後ニ爲シタル行爲及其支拂停止前十日以内ニ爲シタル無償行爲其他法律上一定ノ行爲ヲ無効ナリト定メタリ然レトモ斯ル法則ノ適用ハ取引ノ效力ヲ不確實トシ其安全ヲ害スルヲ以テ千八百三十八年五月二十八日ノ法律ヲ以テ破産法ヲ改正シ無償行爲ノ期限ニ至ラサル債務ノ支拂ノ期限ニ至リタル債務ノ代物辨濟及從來負擔シタル債務ノ爲メ新ニ供スル擔保等(商九〇條)ノ如キ法律上一定ノ行爲ノミヲ當然無効トシ其他ノ行爲ハ相手方カ支拂停止ノ事由ヲ知リタルトキニ限り主觀的前提要件之ヲ無効ト爲シタル(商九九一條)如此客觀的思想ニ基礎ヲ設ケ債權者ヲ保護スルノ手段ハ伊太利法律ノ發見ニ係リ佛蘭西法律ニ依リ成熟シタルモノニシテ獨逸法學者ノ所謂破産の廢

罷訴權 (Konkurs paulane ナリ) (佛蘭西主義者偏重破産法) (一〇〇條) ハ其範ヲ佛蘭西法ニ採リ單ニ無効ヲ否認ニ改メ且支拂ノ停止ト破産手續開始ノ申立トヲ同等視シタルニ過キスト雖獨逸破産法ハ主觀的思想及客觀的思想ノ兩方面ニ基礎ヲ設ケ以テ債權者ノ利益ヲ保護スルニ力ヲタリ故ニ獨逸破産法ニ於テハ不法行為ノ否認權、破産の否認權及無償行為ノ否認權ノ三種ヲ設ケ債權者カ其破産宣告前ニ債權者ヲ詐害スル目的ヲ以テ爲シタル行為ハ相手方カ其情ヲ知リタルトキニ限り破産債權者ヲシテ其利益ノ爲ニ之ヲ否認スルコトヲ得セシメ (不法行為ノ否認權) (獨逸三二條) 損失分擔ノ手續ノ實施ヲ必要ト爲スニ至リタル債權者ノ財産ニ付利益ヲ獨占シ總テ破産債權者ノ利益ヲ無視シタル破産宣告前ノ行為ハ相手方カ支拂ノ停止又ハ破産手續開始ノ申立アリタルコトヲ知リタルトキニ限り破産債權者ヲシテ其利益ノ爲ニ之ヲ否認ヲ爲スコトヲ得セシメ (破産の否認權) (獨逸三〇條) 又債務者カ其破産宣告前ニ爲シタル無償行為ハ破産債權者ヲシテ其利益ノ爲ニ之ヲ否認スルコトヲ得セシム (無償行為ノ否認權) (獨逸三三條) (前二者ノ否認權ハ主觀の基礎ニ又後者ハ客觀の基礎ニ依リタルモノナリ) (獨逸主義) 我現行破産法ハ主トシテ佛蘭西主義ニ依リ又我破産法案ハ主トシテ獨逸主義ニ依リタルヲ以テ其規定ハ全然同シカラスト雖現行破産法ニ於ル當然無効ノ行為 (商九九〇條) 取消スコトヲ得ヘキ行為 (商九九一條、九九六條) 及登記ノ無効 (商九九二條) ハ我破産法案ニ於ル否認權即破産債權者カ破産宣告前ニ於ル債務者ノ行為ノ效力ニシテ破産財團ニ關シ損害アルモノヲ除去スル權利ト同シク破産宣告前ニ於ル債務者ノ行為ニ因リ散失シタル破産財團所屬ノ財産ノ復歸ヲ目的トスルモノナルヲ以テ破産債權者カ商法第九九〇條乃至第九九二條及第九九六條ニ基キ其權利ヲ行使シタルトキハ破産法案第九六條以下ニ基キテ否認權ヲ行使シタルトキト同シク破産財團ヲ増加スルヤ洵ニ瞭然タリ否認權ニ關スル詳細

雜 錄

○清國留學生法政速成科第一回卒業證書授與式 昨年五月本大學カ清國留學生ノ爲ニ法政速成科ヲ特設シテヨリ以來已ニ一周年ヲ經成規ニ依リ第一期生ノ卒業ヲ見ルニ至リ本月四日ヲ以テ第一回卒業證書授與式ヲ舉行シタリ今其次第ノ大要ヲ記サンニ式場ハ本大學第一講堂ニ設ケラレ卓上ニ安置セル大花瓶ノ紅絲ハ欣然トシテ無上ノ光彩ヲ放ツノ觀アリキ午後二時第一鐘ニテ六十名ノ卒業生ハ式場ニ入り次テ參觀人、來賓、講師等入場シ總理梅博士壇ニ立テ式ヲ舉グル旨ヲ告ケラレ卒業生各箇ニ證書ヲ授與シ且優等者ニ賞品ヲ授與シ尋テ告別ノ辭トシテ先速成科設置ノ由來ヨリ卒業年限ノ事ニ及ヒ今回ノ卒業生ハ修業期僅ニ一年間ナルニ拘ラス意外ノ好成績ヲ見タルハ偏ニ講師諸氏ノ勉勵ト學生諸君ノ熱心聽講セルトニ在ルヘシ然レトモ諸君ハ之ニ満足スルコトナク益勉學シ歸國ノ後其成果ヲ實際ニ現ハサルニ於テハ唯リ貴國ノ福利タルノミナラス本大學ノ榮譽トスル所ナリト述ヘ次ニ講師總代中村博士ハ諸君ノ今日アルヲ致セルハ主トシテ諸君ノ熱心勉學ノ結果ナリ但諸君ノ學力十分ナリトスヘカラス是ヨリ本國ニ歸リ其學習セシ所ヲ實地ニ應用スルニ當リテハ通信ノ便ニ類リ質疑商量スル所アリ可ナリト述ヘ次ニ來賓清國公使楊樞臣ノ祝辭清語次ニ穗積八束博士ハ法學ノ發達ハ國家ノ隆昌ヲ要スコトヨリ法律ハ各國ノ歴史ニ從テ制定運用セラルヘキモノナリ旨ヲ說キ今日諸氏ノ卒業セラレタルハ實ニ僑人ノトシテ祝賀スヘキノミナラス國民的ニ祝賀スヘキコトナリト述ヘ次ニ校友總代信岡氏ハ權利ハ正當ノ利益ニ伴フモノナリ清國人ハ古來利己ノ觀念旺盛ナルモ之ヲ正當ニ獲得スルニ

非サレハ權利ト謂フヘカラス隨テ此二者ノ調和ヲカムルハ清國ノ將來ニ於テ最モ必要ナリト述ヘ終ニ卒業生總代ノ答辭朗讀(日本語)アリテ式ヲ了リ別室ニテ來賓一同ニ麥酒等ヲ饗シ六時半頃散會シタリ
○大審院判例要旨

- 一七三 民法施行前ニ於ル遺產相續ノ單純承認 民法施行前ト雖遺產相續人カ特ニ遺產ノ限度ニ於テ被相續人ノ債務ヲ辨濟スヘキ條件ヲ附セスシテ單純ニ相續ヲ爲シタル以上ハ被相續人ノ財産上ノ債務ハ無限ニ之ヲ承繼シタルモノト認メサルヘカラス(三十七年十二月一日第一民事部)
- 一七四 拒絕證書作成免除ノ場合ニ於ル償還請求ノ通知期間 拒絕證書作成ノ免除ヲ受ケタル者カ其免除ヲ利用シテ該證書ヲ作成セサル場合ニ於ル償還請求ノ通知ハ拒絕證書作成時期終了ノ翌日迄ニ之ヲ爲スヘキモノトス(同年十二月六日第一民事部)
- 一七五 數人共同手形振出 商法ハ二人以上共同シテ手形行爲ヲ爲スコトヲ禁止セス故ニ數人カ一ノ手形ヲ振出スモ其效力ノ妨ト爲ルコトナシ(同上)
- 一七六 約束手形ノ振出人ノ一人ニ對スル呈示 手形ニ振出人數名アルトキハ其一人ニ爲シタル呈示ハ總テノ振出人ニ對シテ效力ヲ生スルモノトス(同上)
- 一七七 満期日ノ記載ナキ手形 手形中満期日ヲ表示スヘキ場所ニ年號ノミヲ記載シ月日ノ記載ナキトキハ一覽拂ノモノト認ムルヲ相當トス(同年十二月九日第二民事部)
- 一七八 町村制施行前ノ町村合併ノ效果 町村制施行以前ノ町村カ合併シテ新町村ヲ組織シタル場合ト雖特別ノ規定若クハ特別ノ事由アラサル以上ハ舊町村ノ權利義務ハ新町村ニ移轉セスシテ依然舊町村ニ屬スルモノトス(同年十一月二十六日第一民事部)

(注 意) 校外生月謝金納付ノ際ハ必ス本紙ヲ切抜キ居所、氏名及爲替番號(金額・箇ニ月謝金ノ月別若クハ何月分ヨリ何月分迄ト記入シ爲替券ニ添附スルモノトス

納 付 書

爲替番號)

一金

但三十八年度講義錄

月分月謝金

右納付候也

居所

明治三十年

月 日

法政大學會計局御中

納 付 書

爲替番號)

一金

但三十八年度講義錄

月分月謝金

右納付候也

居所

明治三十年

月 日

法政大學會計局御中

校外生規則摘要

- 一 一个年引續キ校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義録ノ講習ヲ終リタル者ハ手数料金二十錢ヲ納メテ校外生修業證書ヲ請求スルコトサ得
- 一 校外生ハ少クトモ翌月分ノ月謝ヲ毎月末日迄ニ納付スヘシ月謝金不納三个月ニ及フトキハ退學ト看做ス
- 一 校外生ハ講義録ニ記載スル所ノ學科科目中ニ選義アルトキハ相當返信料(郵券)ヲ封入シテ質問スルコトサ得
- 一 質疑書ニハ講義科目、頁數及疑問ノ要點ヲ記載スヘシ
- 一 質疑信者ハ本大學編輯局ニ宛テ送付スヘシ

明治三十七年十一月十日第三種郵便物認可
每月三回 五日、十五日、二十五日發行

明治三十八年六月廿二日印刷

明治三十八年六月廿五日發行

(定價金三十錢)

編輯者 東京市牛込區牛込北町十番地 萩原敬之

印刷者 東京市牛込區矢來町三番地 小宮山信好

印刷所 東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地 金子活版所

發行所 東京市麹町區富士見町六丁目十六番地 司法省 法政大學
指定 (電話番町百七十四番)